

STUDI VRBINATI

Anno XIII - N. 1-2 3-4

Marzo - Giugno Settembre - Dicembre 1939 - XVII

LA LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM

SOMMARIO: § 1. Il procedimento e il nome di questa *legis actio* introdotta dalle due *leges Silia* e *Calpurnia*. — § 2. Configurazione giuridica del suo caratteristico e fondamentale elemento: la *denuntiatio*. — § 3. Le svariate e molteplici dottrine su l'origine e il fondamento giuridico della *l. a. per con-dictionem*. — § 4. A) Quelle formali o processuali comprendenti: α) le teorie di Wieding e Pernice, basate rispettivamente sul vantaggio del creditore e la influenza del diritto internazionale. — § 5. β) Le teorie di Jhering e Jobbé-Duval, fondate invece sul miglioramento della condizione del debitore. — § 6. γ) E le diverse teorie della semplificazione generale della procedura, utile alle due parti: (Keller, Demelius, Bertolini, Arangio-Ruiz, Betti, Girard, Huvelin, Monier, e altri autori). - § 7. B) Le dottrine sostanziali o giuridiche comprendenti: α) le teorie fondate sulla sanzione di nuove obbligazioni, (Voigt, Savigny e Karlowa). - § 8. β) La principalissima e assai importante teoria della "Abstractklage", del Baron. — § 9. γ) L'ultima teoria del De Visscher e sua critica. — § 10. La nostra soluzione al difficilissimo problema della introduzione della nuova *legis actio*. — § 11. La mancanza della causa (azione astratta) e il significato della certezza dell'oggetto (*certa pecunia e omnis certa res*). — § 12. Spiegazione dello strano e enigmatico testo: Gai 4, 20.

§ 1. — Nel primo sistema del processo privato romano, alle due più antiche azioni dichiarative a tutela dei rapporti di credito anteriori alla stessa legge XII tavole: le *legis actiones sacramento in personam* e per *iudicis postulationem* ⁽¹⁾, si aggiunse verso il principio del terzo secolo av. Cr. una terza, la *legis actio per con-dictionem*. Questa fu introdotta pei de-

(1) V. Gai 4, 15 e 16; e PSI n. 1182 l. 178 sgg.

Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 4, p. 110, 116 e 118-19; il quale ritiene a ragione che la *l. a. sacramento* sia indubbiamente primordiale.

biti di somme determinate di danaro dalla *lex Silia* ⁽²⁾ del 204 circa a. C., e estesa poi a quelli di ogni altra cosa determinata dalla *lex Calpurnia* ⁽³⁾ di poco posteriore.

(2) Di questa legge non si conosce nè l'autore nè la data precisa. Ora la maggior parte degli autori, (cfr. E. JOBBÉ-DUVAL, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les romains* (Paris 1896), I p. 71 s.; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milano 1912), p. 261; GIRARD, *Manuel* ², 1051 n. 4; e *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains* (Paris 1901), p. 187 n. 2; ARANCIO-RUIZ, *Storia del diritto romano* (Napoli 1937), p. 128; ed altri), congetturando che probabilmente sia stata essa a istituire il giuramento necessario, di cui è fatto cenno in alcune commedie di Plauto (*Rudens*, prol. 14; *Persa*, 4, 3, 9; *Curculio* 4, 2, 10), la reputa anteriore all'anno 204 av. Cr. Altri invece (come WLASSAK, *Röm. process-gesetze*, II, p. 309; F. DE VISSCHER, *La condictio et le système de la procédure formulaire* (Gand-Paris 1923), p. 12 in nota), supponendo che la procedura per *condictionem* abbia potuto imitare quella della *recuperatio*, primitivamente riservata ai soli processi tra peregrini e tra peregrini e cittadini romani e che si apriva con una *condictio diei* (v. L. XII, 2, 2; e FESTUS, v. *Status dies*), credono di poter fissare la data approssimativa della *lex Silia*, il cui scopo fu quello di conservare alla giurisdizione del pretore urbano i vantaggi di un modo di agire assai semplice, in una epoca vicina alla istituzione del pretore peregrino (242 av. Cr.).

Sebbene questo riferimento alla creazione della pretura peregrina, come - anzi ancora di più l'altro - al giuramento necessario non ci sembrano per nulla fondati, non essendo ambedue gli avvenimenti in immediata e diretta relazione con la nostra azione; pure per la funzione e lo sviluppo, che questa ebbe - come vedremo - nella procedura romana in confronto al secondo sistema introdotto dalla *lex Aebutia* e dalle due *leges Iuliae*; le due sopradette date ci paiono più probabili di tutte le altre suggerite dai romanisti dello scorso secolo, (cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 72), da poter essere considerate come i due estremi limiti dello spazio di tempo, entro cui fu votata la *lex* (o forse anche un plebiscito) *Silia*; la quale quindi appartiene - con molta verosimiglianza - alla prima metà del terzo secolo av. Cr.

Delle altre date supposte sono da ricordare qui almeno quelle del MUIRHEAD e del RUDORFF. Il primo (*Historical Introduction* ², Goudy 1899, p. 217), citato dal DE VISSCHER (*op. cit.* p. 11 n. 1), fa coincidere la introduzione della *l. a. per condictionem* con la *lex Poetelia Papiria* del 326 av. Cr., che tolse al *nexum* la sua forza esecutiva. Il secondo (*Römische Rechtsgeschichte* (1857, I, p. 47), seguito da molti altri studiosi, identifica la nostra discussa legge con una certa *Lex Silia de ponderibus publicis* (v. FESTUS, v. *Publica pondera*), che egli arbitrariamente assegna all'anno 244 av. Cr.; per quanto la detta legge fosse assai dubbia non solo circa la data, ma per la sua stessa esistenza. Contro questa immaginaria ipotesi cfr. specialmente GIRARD, *Organisation judiciaire*, p. 187 n. 1.

(3) Anche di questa legge è incerto l'autore come la data. Alcuni, (per es. il LANGE, *Röm. Alt.*, II, p. 667), hanno proposto di attribuirla al plebeio C. Calpurnius Piso pretore urbano nell'anno 211 av. Cr.; ma di ciò non si trova nelle fonti alcun indizio sicuro. Di sicuro si può logicamente affermare soltanto ciò:

Gai 4, 19. Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

La legis actio per condictioem che oltre a contribuire in parte allo sviluppo del diritto romano costituì la base di un istituto giuridico di grande importanza, si svolgeva in iure attraverso un dialogo simile a quello delle altre due, e specialmente della l. a. sacramento in personam.

Chiamato in giudizio il debitore, l'attore affermava: " Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo aies an neges „. Una risposta affermativa dell'avversario sarebbe stata, naturalmente, una *confessio in iure*, con tutte le sue conseguenze (4); se invece la risposta era negativa, l'attore soggiungeva: " Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico „. E al trentesimo giorno le parti si ritrovavano davanti al pretore per avere assegnato il giudice da loro scelto.

Questo procedimento ci è fatto apprendere dai nuovi frammenti egiziani (P S I n. 1182 ll. 204-220) del quarto libro delle Istituzioni di Gaio, che sono venuti a colmare, nella prima parte del breve ma solenne dialogo, la grossa lacuna del codice veronese, la quale aveva dato luogo a tutta una serie di ipotesi (5).

che la *lex Calpurnia* è certamente posteriore alla *lex Silia*; come concordemente dichiarano non solo JOBBÉ-DUVAL (*op. cit.*, 193-4), ROTONDI, (*op. cit.*, 263-4) e ARANGIO-RUIZ, (*Storia*, 128), la data dei quali ci sembra più probabile, ma anche tutti gli altri autori.

Interamente falsa è la identificazione, voluta pure da insigni romanisti (come MOMMSEN, *Dr. pen.*, III, p. 5; PERNICE, *Labco*, III, p. 233; e qualche altro), della nostra legge con la *lex Calpurnia de repetundis* del 149 av. Cr. Cfr. però contro questa molto ardita congettura, oltre gli autori già citati, specialmente GIRARD (*Organisation Judiciaire*, p. 187 n. 1; e *L'Histoire de la condictio d'après M. Pernice*, in *Neuv. rev. hist.* (1895) p. 481); e anche DE VISSCHER (*op. cit.*, II n. 1).

(4) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 4 p. 119.

(5) Così infatti osserva l'ARANGIO-RUIZ nella integrazione, col nuovo testo, della esposizione del sistema delle *legis actiones* dell'opera dell'insigne Maestro V. SCIALOJA, *Procedura civile romana* (Roma 1836), pp. 103-4:

Il detto termine di trenta giorni non era nuovo nella procedura romana, perchè era stato già introdotto dalla *lex Pinaria* ⁽⁶⁾ nella *l. a. sacramento* modificando la precedente

“ Restituendoci il breve ma solenne dialogo, la pergamena egiziana ha tagliato corto a tutta una serie d'ipotesi. Poichè infatti in quelle poche battute sulla *condictio* che ancora si leggono nel codice di Verona tutta l'attenzione si portava sulla citazione a trenta giorni, si era largamente diffusa l'opinione che nella prima comparizione in tribunale non si facesse altro che prendere questa specie di appuntamento, senza pronunciar parole solenni. Perfino il grande maestro del diritto romano, del quale ripubblichiamo queste lezioni, dettava: “tutta quella specie di dramma processuale, che aveva luogo nella *legis actio sacramento*, qui sparisce completamente, e si ha una azione, che rassomiglia molto alla procedura successiva „ Ora sappiamo che il piccolo dramma si svolgeva anche nella *legis actio per conductionem*, in termini molto analoghi, nelle due prime battute, a quelli della *legis actio per iudicis postulationem* (e, come sopra abbiamo congetturato, della stessa *actio sacramento in personam*).....”

(6) Questa legge viene ritenuta di autore e di data affatto incerti dal ROTONDI, (*op. cit.*, pp. 472-3). Il quale considera pure ugualmente arbitraria tanto la sua attribuzione, supposta da M. VOIGT (*Das ius naturale*, II, p. 187 n. 175) a un *L. Pinarius Mamercus* o *Mamercinus*, tribuno consolare nell'anno 432 av. Cr.; quanto la sua identificazione, avanzata da F. EISELE (*Beiträge zur Römischen Rechtsgeschichte* (Freiburg J. B. und Leipzig 1896) IX *Das Sacramentum und die Lex Pinaria*, pp. 222-24), colla *Lex Pinaria Furia de mense intercalari*, di cui parla Macrobio (*Sat.* I, 13, 21) del 472 av. Cr.; alla quale data si attengono pure E. SECKEL e B. KUEBLER, *Iurisprudentiae antejustinianae*, I (Lipsiae 1908), p. 336 nota al § 15.

A noi sembra più probabile la prima data, accolta anche dalla maggior parte degli autori, per la semplicissima ragione che la *lex Pinaria* deve essere certamente posteriore alla legge delle XII tavole, perchè non crediamo logicamente possibile che il giureconsulto Gaio nel suo manuale di Istituzioni avesse potuto parlare, - specialmente riguardo all'antichissimo sistema delle *legis actiones*, oramai non più in vigore da molto ai suoi tempi -, di disposizioni anteriori alla legge delle XII tavole, alla quale si fermava necessariamente la sua conoscenza e la sua esposizione. Si può anzi con molta verosimiglianza concepire la *lex Pinaria* piuttosto di una epoca più tarda di quella supposta dal Voigt, perchè essa pel suo contenuto e pel suo scopo, che diciamo nel testo, fa logicamente parte di tutto quel movimento legislativo a favore dei debitori, che ebbe la sua naturale conclusione nella *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326 av. Cr.

Tutto ciò nonostante il contrario avviso dello EISELE (*op. cit.*), il quale - criticando a torto come infondata la supposizione del Voigt - nella nota 10 della pag. 223 ingiustamente osserva:

“ Voigt sagt, es sei undenkbar, dass ein Processgesetz, welches vor den XII Tafeln gegeben war, nach denselben noch Giltigkeit bealten sollte. Er scheint also der Meinung zu sein, dass die XII Tafeln in dem Sinn ein exclusives Gesetz gewesen seien, dass alles Recht, was nicht in sie aufgenommen wurde, damit eo ipso aufgehoben war. Was berechtigt ihn zu dieser Annahme? „

norma, in base alla quale il giudice veniva assegnato dal pretore alle parti litiganti immediatamente dopo che queste si erano a vicenda provocate al sacramentum.

Gai 4, 15..... ad iudicem accipiendum venient. postea vero reversis dabatur. ut autem die XXX iudex detur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur index.

Lo scopo della menzionata disposizione era stato assai evidentemente quello di offrire alle parti ancora il tempo e la possibilità di poter giungere pacificamente da loro stessi a un amichevole accomodamento, prima che la causa venisse decisa dal giudice, evitando così da parte di chi perdeva la lite il grave rischio di dovere pagare - in conseguenza della sentenza - l'importo della scommessa fatta (7).

Perciò non era questo elemento che individuava e contraddistingueva la nostra legis actio, ma un altro, da cui prese il nome. E cioè la denuntiatio che l'attore faceva all'avversario di ripresentarsi davanti al pretore al trentesimo giorno

(7) Cfr. EISELE, *op. cit.*, p. 222 sg.; e MAZZARINO, *A proposito della lex Pinaria*, in *Ann. Ist. St. D. Rom.*, 1907-8, p. 276.

Di tutto altro avviso è lo JOBBÉ-DUVAL, (*op. cit.*, p. 116 sg.), il quale, ritenendo col CUQ (*Les institutions juridiques des Romains*, I *L'ancien droit*, p. 419), di non poter dedurre nessuna importante e decisiva illazione dall'argomento storico dell'antiorità della *lex Pinaria* alla *lex Silia*, perchè non si conosce, in una maniera esatta, nè la data dell'una nè quella dell'altra -, attribuisce alla prima legge questa specifica funzione:

“L'innovation de la loi Pinaria n'a pas, en outre, le même objet que celle de la loi Silia. De la lecture du § 15 du C. IV de Gaius, il résulte que, s'il s'agit de la *legis actio sacramenti*, toutes les formalités prescrites ont été accomplies immédiatement; chacune des parties a pris position; chacune d'elles a déposé le sacramentum; une seule chose reste à faire, nommer le juge. Si la loi Pinaria renvoie au trentième jour ce dernier acte de la procédure, c'est afin que les parties se mettent d'accord sur le nom de l'un des citoyens, qui peuvent exercer la fonction de juge ou que tout au moins chacune d'elles prenne ses renseignements afin de coopérer, au mieux des ses intérêts, à la désignation de celui qui videra le litige...”

per aver assegnato il giudice. Difatti, come ci insegna Gaio e tutte le altre fonti letterarie (8):

Gai 4, 17^a..... *condicere autem denuntiare est prisca lingua*. 18. *Itaque haec quidem actio proprie conditio vocabatur. nam actor adversario denuntiabat, ut ad indicem capiendum die XXX adesset;.....*

(8) FESTUS, p. 64: *Condicere est dicendo denuntiare*; p. 66: *Conditio in diem certum eius rei, quae agitur, denuntiatio*.

SERV. ad Aen. 2, 117: '*tertia lux*' hoc quidam iuxta speciem auguralem positum tradunt, quae appellatur conditio, id est denuntiatio, cum denuntiat ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adsit.

GELL. noct. att. 10, 24, 9: *Sacerdotes quoque populi Romani, cum condicunt in diem tertium, 'diem perendini' dicunt*.

LIV. I, 33: *Quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi romani Quiritium patri patrato priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis....*

V. inoltre anche GELL. noct. att. 16, 4, 4; TAC. Germ. 11; PLAUT. Menechm. 1, 2, 15 e STICH. 3, 1, 38; DONAT. ad Terent. Phorm. 1, 2, 77.

Cfr. poi FORCELLINI, *Lexicon*, h. v.; *Thesaurus linguae latinae*; e ARANCIO-RUIZ, *Ist.* 4, p. 119, il quale interpreta la parola *condico* pronunciata dall'attore nel senso di: "ti dò convegno...".

JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 113, n. 2 scrive: "L'expression *condicere* s'applique au fait d'inviter oralement quelqu'un à accomplir un certain acte à un jour déterminé, spécialement à se présenter tel jour, dans tel lieu. Comme le constate Gaius, ce mot est ancien; mais on le trouve employé dans la langue du droit sacré et du droit profane et dans le langage courant jusqu'à une époque relativement avancée...".

Sulla oscura nozione dello *status conductus* cum *hoste* (v. GELL. Noct. att. 16, 4, 4), che non ha nessuna correlazione, neppure lontana, con la sopraddetta *conditio*, all'infuori di una mera semplice coincidenza di parole: cfr. specialmente EISELE, *op. cit.*, XII. *Zur Geschichte der Ladungs-Denuntiation*, p. 269-284; A. I. BOYÉ, *La denuntiatio* introductive d'instance sous le principat (Bordeaux 1922), p. 132 sgg.; e L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. da R. Orestano, Milano 1938), p. 125 n. 20; e *Reciperatio* in PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.*, Zweite Reihe, I Halb Band. p. 405 sgg.

FESTUS, p. 314: *Status dies (cum hoste)* (L. XII, 2, 2) *vocatur, qui iudici causa est constitutus cum peregrino. Eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare. PLAUTUS, in Curc. (1, 1, 5): 'Si status conductus cum hoste intercedit dies, tamen est eundem, quo imperant ingratis.'*

V. ancora MACROB. Sat. 1, 16, 14.

§ 2. — La *denuntiatio* era una intimazione fatta dall'attore all'avversario (9), il quale doveva assolutamente sottostare ad essa. Le *legis actiones* erano basate su dichiarazioni orali solenni del proprio diritto fatte dalle parti o da una di esse, spesso accompagnate da gesti simbolici; le quali “ costituivano un rito necessario, munito - secondo la primitiva concezione pagana - di una irresistibile forza vincolante e destinato a rappresentare plasticamente e a fissare con effetto irrevocabile i termini della lite „ (10).

La *denuntiatio* costituiva l'atto conclusivo di tutto il solenne dialogo svoltosi fra le parti nella l. a. per *condictionem*; essa metteva questa in essere soltanto nel caso di negazione da parte del convenuto di quanto aveva affermato l'attore. La *denuntiatio* perciò era un elemento necessario e fondamentale della nostra azione, così come la formula: “ *provoco sacramento* „ nella l. a. *sacramento* e l'altra: “ *te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des* „ nella l. a. per *iudicis postulationem* (11).

La suddetta *denuntiatio* non si aveva nella l. a. *sacramento*, perchè in questa il rinvio delle parti al trentesimo

(9) Cfr. specialmente BOYÉ, *op. cit.*, p. 131; KIPP, *Denuntiatio* in PAULY-WISSOWA, *Real Encycl.*, V, 1, (1903), pp. 222-6; e gli altri autori precedentemente citati.

(10) Cfr. BETTI, *Diritto romano*, I, p. 458; e ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 4, p. 110.

(11) L'ARANGIO-RUIZ, nella continuazione del passo integrato in SCIALOJA, (*op. cit.*, p. 104), così osserva:

“ E sappiamo che la differenza fra le tre azioni impiegate nella tutela dei rapporti di credito era concentrata nella terza battuta, dalla quale appunto ciascuna azione prendeva il nome; se la terza battuta conteneva l'invito a scommettere, si aveva la *legis actio sacramento*; se conteneva la richiesta di un giudice, si aveva la *legis actio per iudicis postulationem*; se conteneva la citazione a trenta giorni, si aveva la *legis actio per condictionem* „.

Contro la vecchia opinione che voleva vedere nell'antica *condictio* l'origine precisa della *litis denuntiatio* posteriore in quanto notificazione della lite, oltre che contro il carattere stragiudiziale della nostra azione, sostenuto pure da molti insigni romanisti, ma in verità già sufficientemente confutato e ora non più discutibile dopo la scoperta dei frammenti egiziani; cfr. ampiamente BOYÉ, *op. cit.*, p. 131; e WENGER, *op. cit.*, p. 125 n. 20.

giorno davanti al pretore per avere assegnato il giudice, (che costituiva non un atto necessario, fondamentale e indipendente, ma invece una pura e semplice conseguenza di tutto il procedimento già svolto e concluso con la reciproca provocazione dei due litiganti alla scommessa), veniva disposto molto probabilmente dallo stesso pretore, forse nello identico modo con cui egli nella l. a. sacramento in rem diceva: “ mittite ambo hominem „. E anche se il detto rinvio veniva fatto, anzichè dal pretore, dalle parti e mediante denuntiatio, questa non aveva un carattere sostanziale e indipendente come nel caso della l. a. per conditionem, ma invece un significato e valore puramente formale, identico a quello della reciproca denuntiatio fatta dalle parti - dopo di avere avuto assegnato il giudice - di venire da questo al terzo giorno.

Gai 4, 15..... postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breue coactio.

Questa denuntiatio non consisteva in una intimazione fatta dall'attore all'avversario della l. a. per conditionem, dove la denuntiatio costituiva una figura giuridica speciale e caratteristica con propri effetti. Nè si può pensare che essa consistesse nella determinazione del giorno, in cui le parti dovevano presentarsi davanti al giudice, perchè il comperendinus dies era già determinato e fissato; era cioè, - come spiegano concordemente tutte le fonti letterarie ⁽¹²⁾ -, il terzo

(12) Ps. ASCON., ad Cic. Verr., 2, 1, 9, 26, p. 164:

Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem: quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicium venirent, denuntiabant. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant:

giorno dopo che il giudice era stato dato. Perciò la *denuntiatio* di Gai 4, 15 non poteva avere altro significato e valore che quello di una semplice reciproca promessa delle parti di venire dal giudice il dopodomani. Questa sembra che sia l'interpretazione risultante non solo da tutto il contesto del passo di Gaio, ma anche e soprattutto dal plurale *denuntiabant* usato molto probabilmente apposta dal giureconsulto (13).

È facile che quest'altra specie di *denuntiatio* del *comperendinus* dies dopo l'assegnazione del giudice avvenisse col medesimo significato e valore anche nella *l. a. per conditionem* (14).

La singolare e unilaterale *denuntiatio* dell'attore all'av-

quod ipsum dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio.

FESTUS, p. 283: *Res comperendinata significat iudicium in tertium diem constitutum.*

VAL. PROB., 4, 9: *I. D. T. S. P. = in diem tertium sive perendinum.*

CIC. *pro Mur.* 12, 27: *Iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos post tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum 'diem tertium' an 'perendinum', ... dici oporteret.*

MACROB. *Sat.* I, 16, 17:; *comperendini quibus vadimonium licet dicere*;

V. anche GELL. *Noct Att.* 6 (7), 1, 10; 10, 24, 9; 14, 2, 1; e PLIN. *ep.* 5, 9 (21), 1.

A questo riguardo cfr. KIPP, *Comperendinatio* in PAULY-WISSOWA, *Real-Encycl.*, IV, I (1900), pp. 788-791; BOYÉ, *op. cit.*, p. 130; e WENGER, *op. cit.*, p. 123 e p. 189 n. 6.

(13) A spiegare la differenza sostanziale, che noi abbiamo tentato sopra nel testo di stabilire fra l'una e l'altra *denuntiatio*, è sufficiente richiamare per esempio il diverso effetto giuridico, che in pratica avrebbe potuto avere la mancanza del compimento della *denuntiatio* nelle due distinte fattispecie: perchè nel caso della *l. a. per conditionem*, questa non sarebbe stata valida, anche se le parti si fossero ugualmente presentate davanti al pretore nel trentesimo giorno per avere assegnato il giudice; mentre invece nel caso della *l. a. sacramento*, questa sarebbe stata lo stesso valida, purchè i litiganti fossero venuti *in iure* al trentesimo giorno e al terzo giorno dopo questo termine *ad iudicem*.

Del medesimo ordine di idee sembrano essere WENGER, *op. cit.*, 189 n. 6; e KIPP, (*Comperendinatio* e *Denuntiatio*, in PAULY-WISSOWA, *Real Encycl.*, V, 1, (1903) pp. 222-26), del quale è utile riportare il seguente brano:

“Allgemein gültige Rechtssätze über die Denuntiationen konnte es bei der Vielseitigkeit ihres Begriffes nicht geben, und selbst die privaten Denuntiationen einer Partei an die andere sind innerlich zu verschieden, als dass sie einheitlichen Rechtssätzen hätten unterstellt werden können „.

(14) Cfr. KIPP, *Comperendinatio* in PAULY-WISSOWA, *Real. Encycl.*, IV, I, p. 178; e WENGER, *op. cit.*, p. 189.

versario era l'elemento fondamentale, che caratterizzava pienamente e contraddistingueva sostanzialmente la l. a. per *condictionem* dalle altre due più antiche azioni dichiarative: la l. a. sacramento e l. a. per *iudicis postulationem*; con le quali la *condictio* aveva pure in comune - come abbiamo visto - alcune particolarità del procedimento, perchè anche la nuova azione fu creata partendo sempre dagli originarii principii del primitivo sistema delle *legis actiones*.

Al singolare e caratteristico aspetto della l. a. per *condictionem* doveva naturalmente e necessariamente corrispondere una speciale funzione e un proprio campo d'applicazione, del tutto diversi da quelli delle l. a. sacramento e per *iudicis postulationem*. E difatti un primo segno di questa profonda e grande separazione viene subito dato dal fatto: che nelle due l. a. sacramento e per *iudicis postulationem* si trova nei loro rispettivi dialoghi chiaramente espressa la causa ⁽¹⁵⁾; mentre

(15) Cfr. in questo preciso senso: BARON, *Die Condictio*, p. 188 sgg.; DE VISSCHER, *La Condictio* etc., p. 29; e molti altri.

Nessun dubbio può aversi ora, dopo la scoperta dei nuovi frammenti di Gaio, circa il carattere concreto della *legis actio per iudicis postulationem*.

A favore del carattere astratto della *legis actio sacramento in personam* si sono pronunziati specialmente: PERNICE, (*Labeo*, III, 1, p. 226, 1 e 2), il cui principale argomento desunto da *Valerius Probus* 4, 1: "*in legis actionibus haec: aio te mihi dare oportere*", è evidentemente assai debole, perchè non possediamo nessuna prova di avere qui il testo completo della *intentio*; e BEKKER (*Zur Lehre v. d. Legisaktionen*, nella *Zeitschr. Sav.-Stift.* 1904, p. 57 sgg).

Noi siamo fermamente convinti, nonostante la lacuna del testo di Gaio, del carattere concreto della *legis actio sacramento in personam* per questi motivi: 1.) Perchè essa non poteva necessariamente differenziarsi per questo essenzialissimo elemento dalla formula della corrispondente *legis actio sacramento in rem*, dove assai esplicitamente veniva dichiarata la causa del rapporto giuridico, per cui si agiva. Gai 4, 16....., *et ita dicebat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui, et simul homini festucam imponebat qui prior iudicauerat, ita alterum interrogabat: Potulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* 2.) Perchè non è logicamente possibile, che la *legis actio sacramento in personam*, che veniva data nello stesso tempo a tutela delle obbligazioni derivanti da delitto e da contratto, non dovesse specificare nella sua formula la causa precisa: delitto o contratto del rapporto giuridico da cui derivava l'obbligazione da essa difesa. 3.) Perchè a torto e invano

nella nuova l. a. per *condictionem* manca assolutamente qualsiasi accenno alla causa del rapporto giuridico da essa difeso.

§ 3. — Quale sia stata l'origine e il fondamento giuridico della *legis actio* per *condictionem* ha costituito sempre un problema, che - oltre le sue proprie difficoltà - è reso ancora più difficile dallo stesso giureconsulto Gaio, il quale in uno strano e enigmatico passo delle sue *Institutiones* parrebbe che si sia limitato a porre la questione: per quale ragione sia stata creata e introdotta la nuova azione, aggiungendo che era assai difficile rispondere in una maniera soddisfacente.

Gai 4, 20. Quare antem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerit aut sacramento aut per iudicis postulationem agi, ualde quaeritur.

Tutto ciò naturalmente non poteva non influire sulla dottrina romanistica ⁽¹⁶⁾, la quale ha cercato la soluzione del detto problema nei più svariati e molteplici modi.

Non si è lasciata intentata nessuna via, anche la più

viene opposto contro la nostra opinione del carattere concreto della *legis actio sacramento in personam* ciò, che il giureconsulto Gaio afferma in 4, 13: "*Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur* „ In quanto che questo passo va precisamente inteso nel senso: che anche l'*actio sacramento in personam*, come quella *in rem*, era *generalis*, si applicava cioè indistintamente a tutti quei diritti, per i quali non era prevista dalla legge la possibilità di poter agire con un'altra *legis actio* speciale, ma si intende sempre il discorso riferito ai diritti legalmente riconosciuti e fondati in una specifica causa giuridica esplicitamente dichiarata. Se non fosse stato così e la *legis actio sacramento in personam* avesse compreso un gruppo di diritti di credito sforniti di qualsiasi causa specifica, l'attributo *generalis* sarebbe stato assolutamente fuori luogo, perchè essa avrebbe compreso un particolarissimo gruppo di diritti di credito, distinti e individuati appunto dalla mancanza della causa, e perciò completamente equivalenti da questo punto di vista a tutti gli altri rapporti giuridici speciali difesi da altre *legis actiones* speciali; e quindi l'attributo *generalis* sarebbe stato del tutto improprio ad essa, così come lo sarebbe alla *legis actio per condictionem*, che - per quanto non sia fondata su nessuna causa specifica - il giureconsulto Gaio non chiama affatto *generalis*.

(16) Cfr. per un'ampia esposizione e critica di questa JOBBÈ-DUVAL, *op. cit.*, p. 120 e sgg., di cui mi sono largamente servito.

assurda, come quando si è preteso far dipendere la creazione di un'azione così importante da pure e semplici considerazioni economiche. Così, per esempio, il Puntchart (17) vedeva la principale causa della creazione della l. a. per *condictionem* nella diminuzione del valore dell'as; e Kappeyne van de Coppello (18) nella coniazione della moneta d'argento, richiamandosi ambedue alla riforma monetaria avvenuta in Roma nell'anno 268 av. Cr. (19).

Ma all'infuori di simili assurdità (20), neppure le altre soluzioni hanno potuto reggere alla critica, perchè non hanno considerato la vera natura della nuova azione: o per avere da una parte trascurato qualche suo essenziale e sicuro elemento, come quello della mancanza della causa, o per avere d'altra parte attribuito ad essa qualche elemento proprio di altra azione e di epoca posteriore, come la *sponsio tertiae partis* dell'*actio certae creditae pecuniae*, con la quale la dottrina romanistica ha quasi sempre confusa la nostra azione.

Riassumiamo con la maggior brevità possibile i principali sistemi, che secondo l'indirizzo seguito possono essere raggruppati in due grandi e distinte categorie: la prima che considera la l. a. per *condictionem* come una riforma esclu-

(17) *Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer* (1872), pp. 414 sgg.

(18) *Abhandlungen zum römischen Staats und Privatrecht* (1885), p. 301.

(19) Cfr. VOIGT, *Privatalterthümer und Kulturgeschichte der Römer* (1887), p. 770; e BELOT, *De la révolution économique et monétaire, qui eut lieu à Rome au milieu du troisième siècle avant l'ère chrétienne* (1885), p. 64 sgg.

(20) Cfr. ancora M. FREUDENTHAL, *Zur Entwicklungsgeschichte der röm. *condictio** (Breslau 1910), p. 24 e 51 sgg.; il quale voleva rimuovere, col mezzo più radicale, le difficoltà attinenti alla spiegazione del rapporto della *legis actio per condictionem* colla *condictio* dell'età classica, dichiarando Gaio in errore circa la prima; la quale addirittura non sarebbe esistita, poichè Plauto e Cicerone nulla ci dicono di essa. Tesi questa assai avventata come rilevano, con critica felice, nelle loro recensioni: M. FEHR in *Z. Sav.-St.*, 32 (1911), p. 401-2; e BESELER, nella *Berliner philolog. Wochenschrift*, 32 (1912), p. 630-1; e inoltre BERTOLINI, *Il processo civile*, I, Torino 1913 p. 135 e 141 nota.

sivamente processuale, e la seconda che alla riforma della procedura fa corrispondere anche una riforma dello stesso diritto sostanziale.

§ 4. — A) La prima categoria a sua volta comprende tre distinti gruppi di dottrine, secondo che la utilità della riforma processuale sia fatta consistere nella agevolazione di una sola delle due parti contendenti o di ambedue.

α) Il primo gruppo, che cerca la ragione della introduzione della nuova legis actio nel vantaggio del creditore o con questo anche nella influenza dei principii del diritto internazionale, comprende queste due principali teorie.

L'una è quella di Wieding ⁽²¹⁾, il quale credeva di poter spiegare la l. a. per *condictionem* con la abolizione del *nexum* e il desiderio di offrire al creditore, allo scopo di facilitare il recupero del suo credito, un mezzo di influenza sulla volontà del debitore e di costringerlo a non negare alla leggera il debito. Mentre la legge Pinaria aveva, in materia della l. a. sacramento, accordato una dilazione di trenta giorni al convenuto, per permettergli di adempiere i suoi obblighi; la legge Silia subordinò questo favore alla condizione che egli si obbligasse, nella forma della stipulazione, a pagare il terzo in più in caso di perdita. La *sponsio tertiae partis* precedeva la *condictio* e grazie a essa la l. a. per *condictionem* giuocava una parte analoga a quella della l. a. per *manus iniectioem*, di cui essa deve essere considerata come una seconda edizione riveduta e corretta.

L'altra è quella del Pernice ⁽²²⁾, il quale sosteneva che

(21) *Iustinianische Libellprocess* (1865), p. 653 sgg.

(22) *Labeo*, III, p. 211 e 234 sgg.

A questa teoria aderivano anche H. KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*, p. 360; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* III, 2 (Jena 1917), p. 158 sg.; e HUSHKE, *Multa*, p. 487. Questo ultimo autore poi insegna da sua parte: che le parole *condicere* e *condictio* furono prese in prestito dai riti dei feziali e dalla procedura seguita quando una difficoltà sorgeva tra cittadini e peregrini, difficoltà che veniva decisa dai recuperatori.

la *legis actio per condictioem* si usava tutte le volte che, senza di essa, il convenuto avrebbe realizzato a danno dell'attore, un arricchimento senza causa lecita. Essa gli appariva come la forma immaginata appositamente allo scopo di permettere ai peregrini di presentarsi, in una maniera indipendente, dinanzi ai tribunali romani; sino alla legge Silia occorreva loro necessariamente fare ricorso ai buoni uffici di un cittadino romano, quando essi volevano rivolgersi alla giustizia romana. Inoltre la nuova azione gli appariva anche come la forma destinata a dare soddisfazione all'equità; nessuno si deve arricchire ad altrui spese; e questo principio di giustizia sarebbe stato fatto rispettare dalla l. a. per *condictioem*. Gli autori delle leggi Silia e Calpurnia permisero di farvi ricorso, tutte le volte che un bene si trovava, senza diritto, tra le mani di un terzo. A una formula solenne, concepita in una maniera generale e nella quale non si menzionava la fonte dell'obbligazione, corrispondeva un campo di applicazione suscettibile di estendersi e di cui la legge non aveva tracciato prima i limiti in una maniera definitiva e precisa.

Il Pernice basava la parte della sua dottrina, riguardante la influenza delle relazioni e del diritto internazionali sulla creazione della nuova procedura, sul seguente passo di Festus:

“ *Status dies vocatus qui iudici causa est constitutus cum peregrino* „.

Si vede - egli diceva - che la procedura comincia qui, come in materia di l. a. per *condictioem*, con la determinazione di un giorno per la comparizione delle parti. Si può negare infine, egli aggiungeva, in presenza di Liv. 1, 32, che la *condictio* avesse una parte nelle cerimonie, che precedevano la dichiarazione di guerra e che erano eseguite dai *feziali*?

Numerosi testi ⁽²³⁾ poi giustificano, secondo Pernice, la

(23) V. D. 7, 5, 5, 1; 12, 1, 32; 12, 4, 7; 12, 5, 6; 12, 6, 26, 3; 13, 2, 2
19, 1, 24, 1; 19, 5, 17, 5; 24, 1, 19, 1; 25, 2, 25; e 44, 4, 2, 3.

sua tesi dell'arricchimento senza causa lecita, fondato su un principio di equità e di giustizia.

Gli autori della legge Silia si ispirarono verosimilmente alla procedura seguita nel caso, in cui - essendo stati commessi dei furti sulla frontiera da dei cittadini di uno stato a danno di uno stato vicino, dei collegi giudicanti misti di recuperatores organizzati in virtù dei trattati giudicavano i processi, ai quali quei delitti davano origine. Nessuno perciò si meraviglierà allora della stretta parentela, che esiste tra la teoria della *condictio* e quella dell'arricchimento senza causa lecita. Questa parentela poi sembra ancora meno sorprendente, se si identifica la *lex Calpurnia*, di cui parla Gaio in 4, 19, con la *lex Calpurnia repetundarum pecuniarium*. La *legis actio* per *condictionem* regolata da questa legge serviva allora a farsi restituire i propri beni da colui che li deteneva senza diritto; essa proteggeva non solamente i cittadini romani di fronte ai loro concittadini, ma ancora i peregrini contro le estorsioni dei governatori delle provincie.

Già lo Iobbè-Duval ⁽²⁴⁾ ha osservato: che il passo di Festus non prova nulla, poichè il grammatico dice in effetto, che la parola *status* corrisponde alla forma posteriore *constitutus*. Lo *status dies* è il giorno, che è stato fissato di comune accordo dalle parti; mentre il termine *condictio* sveglia l'idea di una intimazione fatta da uno dei litiganti all'altro, di un atto unilaterale: *condictio*, *denuntiatio*. *Condicere*, *constituere* sono delle espressioni vicine, ma non identiche. Si comprende a meraviglia la importanza dell'accordo delle parti nella procedura seguita tra cittadini e peregrini, procedura che per lungo tempo non ebbe base legale; ma al contrario non si scorge a che cosa avrebbe potuto servire la intimazione concepita in termini solenni. Se si obietta che in certi testi figurano le parole *status condictus dies cum hoste*, si può

(24) *Op. cit.*, p. 126 sgg.

rispondere che ciascuno dei termini *status* e *conductus* può corrispondere a un atto differente. Quanto poi riguarda il passo di Liv. 1, 32 è da osservare: che la intimazione fatta dal *pater patratus* al popolo nemico di dare soddisfazione al popolo romano in una dilazione di trentatre giorni si chiamava *conductio*; ma gli autori della legge *Silia* dovettero servirsi anche essi di questo termine, che - preso in prestito dalla vecchia lingua romana - figurava nei formularii degli auguri. Perciò questo testo non prova assolutamente che la *legis actio* per *condictionem* sia stata immaginata allo scopo di aprire ai peregrini l'accesso della giustizia romana.

Così pure è completamente infondata la sua secondaria tesi della sanzione avuta dalla nuova azione dello "arricchimento senza causa lecita"; ciò che costituisce l'oggetto, che generalmente si dà come contenuto alla *condictio* dell'età classica. Ma all'infuori delle gravissime difficoltà incontrate dalla stessa dottrina romanistica per fissare e precisare il concetto dello arricchimento senza causa lecita anche per l'epoca classica; esso non può assolutamente attribuirsi e riferirsi al tempo della *legis actio* per *condictionem* per queste ragioni.

Anzitutto l'arricchimento senza causa lecita non può corrispondere, significare e spiegare il dare oportere *certam pecuniam* o *omnem certam rem*, che è il vero contenuto della nuova azione. Inoltre, pur ammettendo come contenuto di questa l'arricchimento senza causa lecita, così come viene generalmente inteso, è da osservare: che esso nè si confà nè si adatta all'attitudine e alla qualifica di *actio in personam*, propria della *legis actio* per *condictionem*. Infatti l'arricchimento può anche non esserci da parte del debitore, per avere questi sostenuto delle forti spese a causa dello stesso oggetto o per averlo già trasferito a un terzo; ciò nonostante la *legis actio* per *condictionem* è sempre esperibile contro il primo e vero debitore, tenuto in forza di un rapporto giuridico

obbligatorio del tutto indipendente al dare oportere certam pecuniam o omnem certam rem.

§ 5. — §) Del secondo gruppo, che al contrario mette a principale e generale base della riforma processuale attuata dalla l. a. per *condictionem* lo scopo di migliorare la condizione del debitore, fanno parte pure due teorie.

La prima è quella dello Jhering ⁽²⁵⁾, il quale vi vedeva una misura di protezione per la classe povera. Secondo lui, la nuova *legis actio* costituì il primo tentativo fatto allo scopo di secolarizzare la procedura. Sino alla *lex Silia*, i litiganti dovevano necessariamente fare ricorso all'assistenza di un pontefice: ciò che dava ai patrizi un potente mezzo di influenza e di dominazione; ma non fu più lo stesso dopo il voto di questa legge. Il debitore plebeo, che si vedeva condannare, aveva inoltre il vantaggio di non tirarsi addosso, in tutti i casi, la pena del litigante temerario, perchè la *sponsio tertiae partis* era facoltativa e non obbligatoria.

La seconda teoria è quella dello Jobbé-Duval ⁽²⁶⁾, il quale, - richiamandosi a tutto il movimento politico-sociale agitatosi durante l'intero periodo della Repubblica romana per la questione dei debiti resa assai grave a causa sia dello interesse elevato, sia della breve durata del prestito e sia della rigorosissima e severissima procedura esecutiva della *manus iniectio* in caso di inadempimento della obbligazione alla scadenza -, considerava la l. a. per *condictionem* ugualmente come un miglioramento della triste condizione dei poveri, ottenuto in seguito ad una vittoria del partito popolare. Però

(25) *Geist des Römischen Rechts*, p. 659 sgg.; e *Scherz und Ernst*, p. 226 sg

(26) *Op. cit.*, p. 87; e specialmente p. 110 sgg. Egli, dopo avere ricordato tutte le numerose leggi romane contro l'usura, la *lex Poetelia Papiria* e la *lex Licinia Sextia*, citava, come immediato precedente della *lex Silia*, il fatto che Catilina e i suoi amici reclamarono sia la riduzione dei debiti, sia almeno il voto di una legge accordante ai debitori una dilazione per il pagamento. V. LIV. VI, 35, 4; 37, 2; 39, 2; 42, 4; CIC. *De off.* II, 23, 84 sgg. e CAEC. *de bell. civ.* III, 1, 3.

questa, secondo il romanista francese, fu solamente l'occasione del voto della *lex Silia*; la riforma, che doveva esercitare una sì grande influenza sullo sviluppo della teoria delle obbligazioni, ebbe invece delle radici più profonde.

Anzitutto fu il desiderio di accordare al debitore una dilazione per liberarsi dalle persecuzioni del creditore, che era quasi sempre un patrizio. Difatti, con questa agevolazione, quando la somma prestata non veniva rimborsata alla scadenza, come accadeva frequentemente per le difficoltà e le ristrettezze, in cui versavano i plebei, il debitore era sicuro di essere protetto dalle sorprese. Egli, prima di essere costretto a una confessione dinanzi al magistrato, o prima che la lotta giudiziaria fosse incominciata, sarebbe stato avvertito trenta giorni prima delle intenzioni del suo avversario. Così egli avrebbe potuto rivolgersi ai suoi parenti e ai suoi amici; avrebbe potuto vendere all'occorrenza persino uno dei suoi beni durante questa dilazione di grazia che gli accordava la legge e forse sarebbe riuscito a dare soddisfazione al suo creditore al momento, in cui ambedue sarebbero comparsi di nuovo davanti al tribunale del pretore. Allora la *legis actio* sarebbe stata immediatamente troncata, e non vi sarebbe stata nè confessione nè nomina del giudice.

Lo Jobbé-Duval, a sostegno di questa sua congettura, richiama la *denuntiatio* fatta in presenza del pretore dall'attore al convenuto, *ut ad iudicem capiendum die trigesimo adesset* (Gai 4, 18). La quale dilazione però, secondo lui, a differenza di quella accordata dalla *lex Pinaria* per la l. a. *sacramento*, ha una diversa funzione nella l. a. per *condictionem*, quale egli la concepisce. Perchè in questa: “ *au moment de la sommation de comparaître de nouveau le trentième jour, l'instance n'est pas liée; on ignore s'il n'y aura pas aveu; il n'est donc pas certain qu'un juge soit nommé et le délai de 30 jours a essentiellement le caractère d'un délai de grâce destiné à permettre au débiteur de s'acquitter.* „

Oltre questo primo motivo, il romanista francese assegna un altro alla introduzione della nuova *legis actio*: quello cioè di aver sanzionata distintamente l'obbligazione derivante da contratto, organizzando all'uopo una procedura speciale ad essa corrispondente con un nuovo più adatto sistema di prove.

La *l. a.* per *condictionem* richiedeva necessariamente per la sua applicazione, che il debito avesse la sua origine nella operazione di credito dell'antico diritto romano: *creditum*, *pecunia credita*; che si realizzava sia con la *stipulatio*, sia con il contratto *litteris* e sia col *mutuum* (Cic. *Pro Roscio Comedo* 4, 13; 5, 14). Ma, mentre prima della *lex Silia*, il creditore che non era stato soddisfatto, si querelava in tutti i casi, anche quando il debito risultasse da un contratto, della ingiuria che egli riceveva dal suo avversario; ora invece, la legge *Silia* gli concedeva di limitarsi ad affermare l'esistenza del suo diritto di credito, separando così nettamente le obbligazioni derivanti da contratto da quelle risultanti da delitto. Cosicchè cessando la corrispondente azione di essere penale per diventare *reipersecutoria in personam*, il vecchio sistema delle prove, che si riattaccava strettamente al carattere penale della precedente procedura, subì delle importanti modificazioni. Il deferimento del giuramento, che anteriormente era obbligatorio, divenne, dopo la *lex Silia*, semplicemente facoltativo, in quanto il *iusiurandum in iure delatum* veniva praticamente deferito al debitore, soltanto quando l'attore temeva di non potere sufficientemente provare l'esistenza del suo diritto di credito. Però il preteso creditore fu autorizzato a sostituire lo *jusiurandum necessarium* con una provocazione rivolta al suo avversario di concludere una scommessa: cioè la *sponsio tertiae partis*. Il carico della prova incombeva a quello che affermava l'esattezza della sua allegazione, conformemente agli usi seguiti in materia di scommessa e, secondo gli stessi usi, egli usufruiva di una completa larghezza per

convincere il giudice; a lui di usare i modi di prova che egli giudicava proprii a fargli vincere la causa.

In seguito poi al grandioso sviluppo del commercio, la l. a. per *condictionem ex lege Silia*, che - pur contenendo delle idee antiche - corrispondeva a una nuova fase della storia dell'amministrazione della giustizia, fu estesa dalla *lex Calpurnia* anche ai crediti aventi per oggetto una cosa certa o una certa quantità di cose fungibili, che erano divenuti assai frequenti e avevano acquistato una importanza economica molto considerevole.

La teoria del romanista francese è altrettanto infondata e insufficiente quanto quella del romanista tedesco.

Lo Jobbé - Duval basa il secondo motivo della sua teoria sulla arbitraria supposizione da lui fatta che il nome primitivo e tecnico della *condictio certae pecuniae* era *actio de certa credita pecunia* o *certae creditae pecuniae*; il quale nome, all'epoca classica, non rispondeva più alla realtà delle cose, poichè l'*actio certae creditae pecuniae* poteva essere intentata, anche quando nessuna operazione di credito era stata conclusa. E da questa falsa premessa egli arriva senz'altro a attribuire alla prima azione caratteristiche e istituti processuali proprii della seconda azione: lo *jusjurandum in iure delatum* e la *sponsio tertiae partis*. Ma tutto ciò è assolutamente e interamente inesatto. Le due azioni erano nettamente distinte fra loro; ciascuna di esse aveva un proprio e specifico campo d'applicazione ben delimitato; e soltanto all'*actio certae creditae pecuniae* appartenevano lo *jusiurandum necessarium* e la *sponsio tertiae partis*: come risulta chiaramente da Gai 3,91 e ancora di più da Gai 4,13; 17^a - 20 e 171.

Così pure è all'*actio certae creditae pecuniae* che si riferisce l'intera orazione di Cicerone: *Pro Roscio Comoedo*; specialmente i due passi (4,13 e 5,14), su cui più particolarmente si fonda per la sua assurda tesi il romanista francese.

Per quanto riguarda poi il primo motivo, anzitutto non

è esatto il diverso significato attribuito da Jobbé - Duval alla *denuntiatio ut ad iudicem capiendum die trigesimo* delle due leggi *Pinaria* e *Silia*, perchè circa questa *denuntiatio* la seconda derivava direttamente dalla prima e ambedue avevano lo stesso scopo e lo stesso significato, quale è quello da noi fissato. Inoltre il vantaggio sentito da parte del debitore dalla dilazione di grazia di trenta giorni, che - secondo il romanista francese - avrebbe avuto la *lex Silia*, sarebbe stato immediatamente e completamente annullato dal contenuto del secondo motivo, da cui egli fa dipendere la introduzione della l. a. per *condictionem*. E ciò perchè la condizione del debitore sarebbe stata ancora di più aggravata non solo dal fatto che il giuramento, da obbligatorio divenuto semplicemente facoltativo, non avrebbe permesso più al convenuto di liberarsi in tutti i casi dalla pretesa dell'attore giurando di non dovergli nulla; ma anche, e soprattutto dalla gravosa e assai pericolosa provocazione alla *sponsio tertiae partis*, che sarebbe da sola bastata a distruggere qualsiasi miglioramento apportato alla condizione del debitore dalla dilazione di grazia di trenta giorni.

§ 6. 7) — Il terzo gruppo abbraccia tutte quelle teorie che - con più o meno varianti - vedono la causa giustificativa di introduzione della *legis actio per condictionem* nella maggiore semplicità e speditezza di svolgimento della medesima, ossia nello intento di dare un mezzo processuale più facile e sollecito, in confronto della lenta e complicata procedura del *sacramentum*.

Il Keller (27) e il Demelius (28) furono appunto i primi

(27) *Römischer Civilprocess und Actionen* 6, p. 61 sgg.

(28) *Zum Legisactionenprocess* nella *Krit. Vierteljahrschr für G. und R.* W. VIII, (1866), p. 519 sgg. Questo autore riteneva anche che la *condictio* avesse imitato la procedura della *lex actio sacramento* così come era stata riorganizzata dalla *lex Pinaria*. Il deposito del *sacramentum* scomparve; ma restò la *denuntiatio ad iudicem capiendum*.

a considerare: che la ragione d'essere della nuova azione dovette consistere in una semplificazione generale della procedura utile alle due parti, dando ciascuno d'altronde degli argomenti differenti allo scopo di provare la più grande semplicità della nostra legis actio comparata colle altre. Per Keller, la *condictio* è una intimazione extragiudiziaria; ciò che nega Demelius. Secondo questo ultimo, i vantaggi della nostra procedura si affermano con la soppressione del *sacramentum*, la riduzione al minimo delle parole solenni pronunciate dalle parti e infine la facoltà, per il creditore, di terminare la controversia con una estrema rapidità, deferendo al suo avversario lo *iusiurandum necessarium*. La l. a. per *condictionem* sembrerebbe allora come un primo tentativo di riforma, che fa già prevedere la creazione della procedura formulare.

Invece per il Betti ⁽²⁹⁾: “ il vantaggio che questo *modus agendi* per *condictionem* presenta a paragone del *modus agendi* *sacramento*, col quale concorre a scelta dell'attore (Gai. IV,20), sta probabilmente in una maggiore snellezza di forme e in un minor costo del processo (dacchè qui non si perde la posta di alcuna scommessa); inoltre, nella possibilità data all'attore di definire subito, in iure, la lite concernente un credito di danaro col deferire al convenuto un *iusiurandum*, che lo pone nell'alternativa di giurare - con l'effetto della *denegatio actionis* - o di riferire il giuramento ad esso attore, con effetto (ove lo presti) pari a quello di una *confessio in iure*. „. E aggiunge poi in nota; “ Altre ipotesi circa questa *legis actio* non ci paiono consentite. In particolare non ci sembrano fondate le congetture che vorrebbero dipingerla scevra di formalità e farne l'addentellato e il punto di partenza della *litis contestatio* formulare „.

Ma nemmeno questa teoria, a cui aderisce la maggior

(29) *Diritto romano*, I, p. 466 sg.

parte degli autori specialmente moderni ⁽³⁰⁾, può essere accolta. Anzitutto perchè le due distinte leggi Silia e Calpurnia hanno dovuto indubbiamente apportare delle innovazioni ben individuabili, e non una pura e sola semplificazione della procedura. Inoltre, all'infuori che questa semplificazione della procedura avrebbe potuto esserci stata già effettivamente nella legis actio per iudicis postulationem di fronte a quella sacramento, come mai può scorgersi una maggiore semplicità e speditezza della procedura nella legis actio per condictionem, quando questa - come abbiamo già visto - si compone in parte di alcuni elementi delle altre due precedenti legis actiones, e quando soprattutto si attribuiscono infondatamente ad essa lo iusiurandum necessarium e la sponsio tertiae partis? Queste due modalità processuali ci sembrano che siano più che sufficienti, - anzichè a semplificare -, a rendere invece più complessa, più difficile e più gravosa la procedura della nuova azione di fronte alle altre; e ciò specialmente poi per quanto riguarda la sponsio tertiae partis. Infatti: sarebbe bastato che l'oggetto della controversia valesse più di 1500 o 150 assi, perchè il litigante soccombente corresse il grave pericolo di pagare, in forza della speciale stipulazione fatta, la tertia

(30) Cfr. BERTOLINI *Il processo civile*, I, p. 137 sg.; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, p. 24; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, p. 105; GIRARD, *Manuel* ⁸, p. 1052; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris 1927, p. 155 sgg.; A. GIFFARD, *Leçons de procédure civile romaine*, Paris 1932, p. 61 sgg.; e R. MONNIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, (P S I n. 1182) *et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris 1933, p. 34; e *Manuel élémentaire du droit romain* I, Paris 1935, p. 172 sg.

Si avvicina in parte a questa concezione anche l'ARANCIO-RUIZ, *Cours de droit romain: Les actions*, Napoli 1935, p. 23 sg.; e *Ist.* ⁴, p. 119; dove così scrive:

“L'azione, che prende il nome dalla parola *condico* (= ti dò convegno) pronunciata dall'attore, è stata certo applicabile fin dal primo momento al mutuo di danaro o di derrate. Ma è propabile che sia stata applicata anche alla stipulazione. Come si è accennato, questo contratto era con probabilità protetto in origine dalla *l. actio sacramenti*, accanto alla quale le XII Tavole avevano messo, per il caso che le parti lo preferissero, il meno rischioso procedimento della *iudicis postulatio*; la legge Silia semplificò il procedimento *cum poena* nel senso che abbiamo visto,,

pars litis, superiore quindi ai 500 o ai 50 assi, quali erano le pene rispettive stabilite dalla legge delle XII tavole per la legis actio sacramento circa le controversie valenti 1000 e più assi o meno.

§ 7. — B) La seconda categoria di dottrine, che vede la causa di introduzione della legis actio per condictioem non tanto in una pura e semplice riforma processuale, ma quanto in una innovazione dello stesso diritto sostanziale, comprende anzitutto un primo gruppo di teorie, che considera la nuova azione come la sanzione di nuove obbligazioni con corrispondenti e adeguate riforme processuali.

Così il Puchta ⁽³¹⁾, il quale sostenne: che la legge Silia avesse avuto per oggetto di sanzionare la stipulazione, il contratto litteris e il mutuum; e di conseguenza avesse rimesso molto opportunamente queste "einfachen Sachen, wobei der Richter streng an den wörtlichen Inhalt des Geschäfts gebunden war", non più al giudizio del collegio dei decemviri, ma esclusivamente a quello del giudice unico.

(31) *Institutionen* ¹⁰, § 162 p. 476. Della medesima opinione sono KUNTZE, *Cursus des röm. Rechts*, § 148; e CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, p. 667 sgg. e specialmente p. 670; dove così scrive:

"En sanctionnant certains actes fiduciaires, contrairement au principe qui réservait la protection de l'Etat aux droits solennellement placés sous la protection des curies, on avait voulu prévenir les discordes civiles, aux quelles donnaient lieu périodiquement les exigences des prêteurs". Come si vede, secondo Cuq, la pratica conosceva già la stipulazione, il mutuum e il contratto litteris, ma il creditore si rimetteva alla buona fede del debitore; fu solamente la legge Silia che gli accordò la facoltà di ricorrere alla giustizia.

VOIGT, (*Conditiones ob causam*, p. 258), criticando la teoria di Puchta, perchè assegnava alla legge Silia una data assai tarda e riportava il mutuum a una epoca molto remota, riteneva che la *lex Silia* fosse stata votata per sanzionare soltanto la stipulazione, sotto la forma antica della sponsio; e che la *legis actio per condictioem* fosse stata estesa prima al contratto litteris e poi al mutuum, quando questi contratti furono introdotti nella pratica. Contro questa errata opinione reagì a suo tempo già il PUNTSCHART (*op. cit.*, p. 73) con buoni argomenti che ultimamente sono stati confermati dalla scoperta dei nuovi frammenti di Gaio.

Secondo il Savigny ⁽³²⁾ invece, la legis actio per conditionem sarebbe stata immaginata per sanzionare soltanto la obbligazione derivante dal mutuum. Il creditore ha alienato i pezzi di monete o le altre cose fungibili, che costituiscono l'oggetto del prestito di consumo. L'alienazione lo priva dell'azione in rivendicazione, di cui egli si serviva prima; ma al posto di questa azione in rivendicazione una azione in personam entra nel patrimonio del creditore. Questa è la condictio, la legis actio per condictioem, alla nostra epoca. Il carattere essenziale della condictio è di nascere in seguito ad una alienazione, di tenere il posto di una azione in rivendicazione scomparsa. La legis actio per condictioem si applicava all'origine esclusivamente al mutuum; più tardi il suo campo si estese per mezzo di interpretazione; la giurisprudenza fingeva che le parti avessero concluso un mutuum, quando in realtà si trattava di un contratto litteris o di una stipulazione; essa assimilò il prestito fittizio a quello vero; ma soltanto il prestito vero era la fonte primitiva della legis actio per condictioem.

Il Savigny fondava la sua teoria in primo luogo su questo fatto: che il mutuum dà sempre origine a una condictio; il nome del mutuum sveglia l'idea della condictio e reciprocamente. Ciò autorizza quindi ad assegnare al detto contratto un posto importante nella storia della nuova azione. In secondo luogo: nella lingua corrente dei giureconsulti classici i termini credere e mutuo dare sono sinonimi; pecunia credita equivale a pecunia data ⁽³³⁾.

(32) *Sistema del diritto romano attuale* V, p. 130 sgg. e 564 sgg. A questa teoria aderisce anche PFERSCHÉ, *Die Bereinherungsklagen*, (1883-4), p. 22 sgg.

(33) V. D. 14, 6, 4 e 6. Il Savigny riteneva questi testi particolarmente favorevoli alla sua tesi, specialmente confrontati con D. 14, 6, 1 pr. e 12, 1, 11; oltre che con l'intero titolo: *de rebus creditis*.

In questo gruppo può rientrare anche la teoria di Karlowa (34), perchè, - per quanto egli non attribuisse alla *legis actio* per *condictionem* la sanzione di una nuova speciale obbligazione, come Puchta, Savigny e Voigt -, pure egli scorgeva l'introduzione di una nuova obbligazione proprio nel dare oportere. Secondo Karlowa, gli autori delle leggi Silia e Calpurnia, - a lato della *legis actio sacramento* e della *legis actio per iudicis postulationem*, che si applicavano in alcune ipotesi ben determinate di dare oportere e avevano quindi dei limiti assai precisi -, avrebbero creato una *legis actio* comprendente un *dari oportere certam pecuniam* o *omnem certam rem* senza alcuna limitazione quanto alla fonte della obbligazione. Ma essi avrebbero inteso semplicemente di lasciare alla giurisprudenza e ai giudici, con una grande larghezza, il compito di determinare, quando il debito del convenuto rientrasse nella definizione del *dari oportere*; per cui essi non avrebbero potuto restringere a certe fonti di obbligazioni la portata del *modus agendi*, che si trattava di introdurre nella pratica (35).

La giurisprudenza poi avrebbe applicato il *dare oportere* soprattutto alla ipotesi dello arricchimento senza causa lecita; perchè il Karlowa non troverebbe nulla di inverosimile in ciò: che le *condictiones ob causam* fossero contemporanee o quasi alla legge Silia (36); pur non sapendo affermare che questa legge avesse creato espressamente la *legis actio* per *condictionem* allo scopo di permettere al privato leso di farsi

(34) *Civilprocess zur Zeit der Legisactionen*, p. 111 e 233 sgg.; *Röm. Rechtsgeschichte* II, p. 763 sgg.

(35) Tutto ciò spiegherebbe secondo Karlowa, precisamente l'enigmatico passo di Gai 4, 20, perchè questo giureconsulto non avrebbe compreso il vero significato e la utilità della creazione della *legis actio* avente un campo suscettibile di una estensione indefinita.

(36) Per dimostrare ciò egli si basa su: D. 12, 4, 8; 12, 5, 6; e 12, 6, 52.

restituire da un terzo ciò che questo ultimo detenesse senza diritto, come ha fatto invece Pernice.

Le teorie di Puchta e Savigny sono facilmente criticabili, in quanto esse non hanno nessuna persuasiva base nelle fonti giuridiche, perchè Gaio a proposito della legis actio per conditionem parla soltanto e semplicemente di dare oportere certam pecuniam o omnem certam rem senza menzionare nessuna causa specifica di nuove obbligazioni. Se le due leggi Silia e Calpurnia avessero sanzionate delle nuove obbligazioni, il giureconsulto Gaio non avrebbe indubbiamente mancato di notarlo. Invece la stessa dichiarazione fatta dallo attore in iure è - come vedremo - astratta, cioè non contiene affatto la indicazione del rapporto giuridico, per la cui tutela è concessa la nuova azione.

Così pure è facilmente criticabile l'altra teoria di Karlowa, il quale -, pur concentrando tutta la sua attenzione sul solo e semplice dare oportere certam pecuniam o omnem certam rem, - non solo non ha cercato minimamente di spiegarlo e di determinarlo, ma è arrivato persino ad assegnare il compito della sua determinazione alla giurisprudenza e al giudice. Contro questa assurda asserzione già lo Jobbé-Duval⁽³⁷⁾ ha giustamente osservato: " La prétendue délégation de pouvoirs, consentie par les auteurs de la loi Silia à la jurisprudence, constituerait un phénomène unique dans l'histoire du droit romain. Quant aux juges, leur conduite mériterait la qualification d'étrange. Bien que jouissant d'une complète liberté, ils n'auraient pas interprété les mots dare oportere comme visant les obligations nées de la stipulation, du contrat litte-
ris et du mutuum et cependant ces mots se retrouveraient plus tard dans la formule de l'actio de certa credita pecunia, c'est à l'enrichissement sans cause licite et à lui seul que la

(37) *Op. cit.*, p. 108.

jurisprudence aurait eu la fantaisie d'appliquer la legis actio per condictioem „.

§ 8. — Su motivi unicamente sostanziali si basa invece la teoria del Baron ⁽³⁸⁾, che è stata la sola, sebbene risalga a più di mezzo secolo fa, a portare un contributo veramente notevole e positivo alla soluzione del problema della introduzione della nuova legis actio.

Il Baron rileva anzitutto, e per primo, la particolarità del carattere astratto della l. a. per condictioem. Questa, a differenza di tutte le altre quattro legis actiones, non richiedeva la dichiarazione in iure della causa debendi, la indicazione cioè della specifica obbligazione (nexum, fiducia, sponsio, ecc.), in base a cui l'attore agiva. “ Es handelte sich um persönliche Ansprüche, gleichviel welches die Causa war; gerade hieraus rechtfertigt sich das Erforderniss der Bestimmtheit des Objects ⁽³⁹⁾ (CERTA pecunia, später omnis CERTA res); denn irgend ein fester Punkt musste von Anfang an vorhanden sein, an wel-

(38) *Die condictioen*, (Berlin 1881), 1 sgg., 185 sgg. e specialmente 195 sgg.; oltre la precedente dissertazione: *Zur legis actio per iudicis arbitrive postulationem und per condictioem*, nei *Festgaben für Heffter*, 29 - 56.

(39) La quale esigenza poi viene da lui spiegata a pag. 3 con questa osservazione. Ogni pretesa personale possiede la sua determinatezza da un doppio lato: dalla sua causa e dalla sua estensione; la *legis actio per sacramentum* richiedeva, che l'attore dichiarasse ambedue: tanto la causa determinata quanto l'estensione determinata. Nelle altre due *legis actiones*, che furono introdotte per togliere il difetto della prima era necessaria e sufficiente invece la determinazione da un solo lato: cosicchè la l. a. per *iudicis arbitrive postulationem* esigeva soltanto la dichiarazione della causa determinata, mentre la l. a. per *condictioem* solamente quella della estensione determinata; e ciò bastava per dare all'azione un ben definito contenuto.

La supposizione del Baron relativa alla l. a. per *iudicis arbitrive postulationem*, che molto probabilmente traeva origine dalle già note applicazioni della detta *legis actio* ai giudizi divisorii, dove a causa della loro intrinseca natura non era quantitativamente specificata la pretesa dell'attore, è stata contraddetta dalla l. 186 di P. S. I. n. 1182, contenente per il caso della *sponsio* - oltre la causa - anche la determinazione quantitativa della pretesa: *X milia Sestertiorum*.

chen das Verfahren angeknüpft werden konnte; da die Causa fehlte, so konnte er nur im Object gesucht werden „.

È questo l'elemento fondamentale della teoria del Baron, che viene poi collegato con lo svolgimento storico del sistema contrattuale romano nel seguente modo.

La legge delle XII Tavole sanzionava soltanto pochi tipi di contratto: il *nexum*, la *fiducia*, la più antica forma della *stipulatio*: la *sponsio*, e qualche altro; che erano pienamente sufficienti alla vita semplice e ancora ristretta della nascente Repubblica romana. Ma man mano che questa andò sviluppandosi e ampliandosi, anche territorialmente, specialmente in seguito alle numerose guerre di conquista, crebbero pure enormemente i bisogni della vita economico - giuridica, i quali naturalmente non potevano trovare adeguata soddisfazione se non in nuovi contratti. Fra questi nacquero forse dapprima quelli con pecunia credita, però ad essi vennero immediatamente dietro il pegno, gli altri contratti reali e i consensuali. Tutti questi contratti trovarono il loro primo e unico riconoscimento soltanto nel diritto consuetudinario, cioè in quella fonte di diritto, alla quale - sebbene assai significativa già in quel tempo - il processo delle *legis actiones* era propriamente del tutto insensibile e inadatto. Perciò per la loro tutela non potevano assolutamente essere adoperate le due *legis actiones* *sacramento* e per *iudicis postulationem*, che - secondo la loro rigorosissima struttura e funzione - richiedevano la dichiarazione della causa *debendi* e dovevano essere necessariamente *ipsarum legum verbis accomodatae* (Gai 4, 11).

In tutte queste fortissime esigenze delle *legis actiones* il diritto consuetudinario incontrava un insormontabile ostacolo, che solo più tardi veniva rimosso; sebbene fosse stata pure grande l'efficacia da essa spiegata nella vita giuridica romana: col creare per esempio il diritto ereditario necessario formale, collo stabilire il contenuto dei singoli innumerevoli rapporti giuridici da esso stesso creati, e così via. “ Aber - continua

il Baron - das Gewohnheitsrecht hatte nicht die Kraft, einem neuen Rechtsverhältniss die Klagbarkeit zu verschaffen. Diese Lücke wurde um so fühlbarer in einer Zeit, wo die wirthschaftlichen Verhältnisse einen ebenso raschen wie unabsehbaren Aufschwung nahmen; bei Ausfüllung der Lücke dachte der damalige Römische Gesetzgeber nicht bloss an die augenblickliche Lage des Verkehrs; er richtete seinen Blick auf die Zukunft, er wollte ihr freien Spielraum in der Entwicklung und Ausbildung der Contracte einräumen; das ist der Grund, weshalb er eine abstracte *Legisactio de certa pecunia* und später *de omni certa re* einfürte; jeder Contract, welcher gewohnheitsrechtlich als Quelle eines *dari oportere* anerkannt war, hatte jetzt seine Klage; jede *Causa* genügte, die sich im Verkehr als bindend bewährt hatte „.

La esistenza di queste premesse per l'ammissibilità nei singoli casi della nuova *legis actio* veniva esaminata e decisa soltanto dal giudice, perchè in iudicio anche la l. a. per *conditionem* doveva naturalmente essere fondata come ogni altra azione. Così trovarono tutela nella vita giuridica romana sicuramente la stipulazione, il contratto letterale, il prestito, il credito del venditore e del locatore in forza della *lex Silia*; e anche il credito del compratore di cose corporali in forza della *lex Calpurnia*. In seguito poi trovarono tutela persino i crediti di cose incorporali, quando fu ammesso il „ *Selbstschätzungsrecht* „, che permetteva a un creditore di convertire il suo credito non pecuniario in dare *certam pecuniam* per mezzo di una propria stima. Contro questa affermazione starebbe forse il passo di Gai 4,48, secondo cui al tempo delle *legis actiones* il giudice condannava il convenuto in *ipsa re*; però le parole di Gaio vengono interpretate e spiegate dal Baron nel senso che esse negano la competenza di stima del giudice, ma non quella dell'attore. Il diritto di costui di stimare da sè stesso l'oggetto dell'azione esisteva sicuramente già all'epoca delle *legis actiones*, come si deduce

dalla orazione di Cicerone Pro Roscio comoedo; soltanto esso non si è sviluppato subito dopo la lex Silia, ma è sorto poco dopo, necessariamente, per le impellenti e intrinseche esigenze dello stesso processo. Cosicchè la nuova legis actio si è andata sempre più perfezionando, però nessuna traccia si ha della sua applicazione anche allo incertum, per quanto ciò d'altra parte non possa essere recisamente escluso.

Infine, conclude il Baron, la l. a. per conditionem è stata una volta l'unica forma di processo non solo per i iudicia stricti iuris, ma anche per quelli bonae fidei, perchè nessun'altra legis actio poteva subentrare al suo posto senza una apposita legge.

La prima parte della teoria del Baron relativa al carattere astratto della nuova legis actio è stata a principio confutata da qualche autore ⁽⁴⁰⁾, ma poi ha finito giustamente per prevalere e oramai viene considerata da tutti i romanisti ⁽⁴¹⁾ come una verità assiomatica, che le ulteriori indagini in materia vanno sempre più confermando. Perciò essa deve costituire non solo il punto di partenza, ma anche la base fondamentale di ogni nuova ricostruzione storico-domatica sull'argomento. Così pure devono essere messi a profitto altri due punti, non meno importanti, affermati molto risolutamente dal Baron ⁽⁴²⁾ contro la comune e ancora imperante opinione ⁽⁴³⁾: e cioè che la sponsio tertiae partis non è stata introdotta dalla lex Silia, come la l. a. per conditionem non è stata originariamente l'azione per la certa credita pecunia.

Invece non può essere assolutamente accolto lo sviluppo

(40) Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, 123 sgg.; BUHL, in *Krit. Vjschr.* XXIV, p. 224 sg.; BEKKER, *Z. R. G.* XVII, p. 94 sgg.; e qualche altro.

(41) Cfr. GIRARD, *Manuel* 3, 1010 2; DE VISSCHER, *La conditio et le système de la Procédure formulaire*, p. 7 sgg.; LENEL, *Das Edictum perpetuum* 3, § 95, p. 230 2; e tutta la letteratura ivi citata.

(42) *Op. cit.*, 186 sgg.

(43) Cfr. specialmente gli autori citati nella nota 30.

storico del sistema contrattuale, che il Baron delinea per innestarvi dentro l'astratta *legis actio* per *condictionem*, perchè esso contrasta fortemente non solo con le nostre conoscenze storiche e giuridiche, ma anche con ogni logica. Anzi tutto vi si scorge subito da un lato una netta e profonda contraddizione fra il carattere astratto della nostra azione e le cause ben definite e circoscritte dei contratti da essa protetti, per quanto riconosciute soltanto dal diritto consuetudinario e dichiarate non in iure, ma solamente in iudicio apud iudicem. Dall'altro lato poi non ci risulta affatto dalle nostre fonti l'esistenza di un così immenso e ardito potere avuto dal giudice ⁽⁴⁴⁾, il quale al contrario in tutta la storia della procedura romana ha avuto sempre la sola funzione di decidere la controversia, già completamente e definitivamente impostata in iure dal magistrato; di modo che il primo, direttamente investito dal secondo, pur attraverso le ricerche di diritto oltre che di fatto si moveva però sempre entro l'ambito del modulo di azione adattato al caso concreto dal magistrato, e non oltrepassava mai questi rigorosissimi limiti. Inoltre non è logicamente ammissibile che il saggio legislatore romano, se quei contratti con le loro cause e i loro rispettivi caratteri erano stati già riconosciuti dal diritto consuetudinario, abbia mancato di sistamarli definitivamente tutelandoli adeguatamente o con le due vecchie *legis actiones* dichiarative o con una o più nuove appropriate azioni: anzichè preferire con ben due distinte leggi di proteggerli, nonostante la loro grande importanza nella vita economica e giuridica, vagamente attraverso un'astratta *legis actio*, lasciando al solo giudice ogni arbitrario e illimitato potere di investigare e decidere sulla giustezza e ammissibilità o meno della causa di quei contratti. Nè poi in tale modo con questo indiretto

(44) Cfr. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 7 sgg.; e ARANGIO-RUIZ, *Ist.*⁴, p. 111 sg.

e complessivo riconoscimento legislativo poteva essere attuato lo sviluppo e il perfezionamento dei singoli contratti; tanto l'uno quanto l'altro possono verificarsi soltanto attraverso lunghi progressivi stadii, ciascuno dei quali sia fissato volta per volta in una forma sicura, come la legge e l'editto del pretore, e non in maniera vaga e labile, come le decisioni del giudice. Infine la teoria del Baron, anche se riuscisse a giustificare l'introduzione nell'epoca antica dell'astratta legis actio per condictionem, incontrerebbe gravissime difficoltà a spiegare la continuità della condictio nell'epoca classica, in cui non é certamente esistito quello sviluppo storico del sistema contrattuale romano, essendosi già interamente compiuto. Di modo che il Baron è costretto a cercare affannosamente un'altra spiegazione alla persistenza della condictio nell'epoca classica, dandole così un contenuto vario e mutevole attraverso i tempi, e non uno specifico e durevole, come giustamente converrebbe alla condictio, che ha persistito così lungamente a svolgere la sua importantissima funzione durante l'intera storia del diritto romano.

§ 9. — Anche il De Visscher ⁽⁴⁵⁾, (la cui monografia è l'ultima per data sul nostro argomento), pur accettando pienamente la tesi del Baron circa il carattere astratto della l. a. per condictionem, ha criticato fortemente la sua spiegazione e giustificazione per mezzo dello sviluppo storico del sistema contrattuale romano. Anzi da questo punto di vista la teoria del De Visscher è completamente opposta a quella del Baron: perchè il secondo ⁽⁴⁶⁾ considera la legis actio astratta non solo come “ der gebotene Ausweg „, a cui si ricorreva per proteggere i nuovi rapporti giuridici, ma anche “ die Handhabe,

(45) *La condictio et le système de la procédure formulaire*, Gand-Paris 1923, p. 7 sgg.; p. 28 sgg., e specialmente p. 36 sgg. e p. 149.

(46) *Op. cit.*, p. 3 e 5.

mit welcher von der republicanischen Zeit bis fast in die unsrige ein guter Theil des Römischen Obligationenrechts fortentwickelt worden ist „„, mentre il primo non attribuisce alla stessa nessuna considerevole importanza. Perciò l'opinione del romanista belga è punto per punto più criticabile di quella del romanista tedesco.

Già il sistema seguito dal De Visscher è assai contraddittorio, tutto pieno di affermazioni e negazioni della medesima proposizione.

Difatti: egli da una parte afferma che la *legis actio* astratta non si differenziava in nessun punto veramente essenziale dalle altre *legis actiones* concrete, e che la diversità di cause non cagionava alcuna specificazione delle l. a. concrete; dall'altra asserisce che soltanto queste, specializzate secondo le loro cause, erano suscettibili di realizzare un progresso giuridico e fissarne i risultati. E ancora: da un lato egli nega non solo che la *legis actio* astratta, appunto per la sua intrinseca natura, era radicalmente inadatta a contribuire all'evoluzione giuridica, ma contesta anche che quest'azione astratta, incolore, sempre identica a sè stessa, avesse giammai potuto servire alla formazione di istituzioni giuridiche ben definite. Dall'altro lato poi non solo non mette in dubbio che certe operazioni giuridiche, sanzionate all'epoca classica da delle formule in *factum* o in *ius*, abbiano trovato nella *condictio* una sanzione occasionale e rudimentale, e ciò da una epoca assai remota anteriore alla *lex Aebutia*. Ma ritiene anche che la l. a. per *condictionem*, puro *modus agendi*, non conoscendo, nella sfera delle cause legali, altro limite all'infuori del fattore di certezza dell'atto e del fatto generatore dell'obbligazione, abbia sanzionato tutti quei diritti, che l'antica giurisprudenza riconosceva forniti di quel fattore di certezza. E fra questi egli include oltre la stipulazione e la *Lexpensilatio*, la cui individualità giuridica risiede interamente in delle forme esteriori di contrattare, soprattutto il mutuo, la cui figura giuridica assai

indecisa e nettamente arretrata si spiega in una larga misura con la particolarità del carattere astratto della *condictio*, che dispensava i giureconsulti classici da una individualizzazione rigorosa di questa fonte di obbligazione.

Non meno contraddicenti e infondate sono tutte le altre singole parti della teoria del De Visscher.

Secondo questo autore, la riforma della *legis actio* astratta, assai leggera in verità, consistette nel fare a meno di quella specie di autenticità conferita dal pretore alla menzione della causa in iure, che d'altronde non faceva parte integrante del rituale delle *legis actiones*. La l. a. per *condictionem* era quindi una semplificazione: facilitava l'esperimento dell'azione e ne diminuiva i rischi (47).

Ma, come abbiamo visto all'inizio di questo capitolo, anche nella nuova azione vi era la divisione prettamente romana del processo in due fasi, e il procedimento in iure si svolgeva nello identico modo di quello delle altre *legis actiones*. Per cui non è affatto vero che in essa mancasse quella specie di autenticazione preliminare da parte del magistrato all'allegazione della causa in iudicio, in quanto il pretore doveva lo stesso constatare la regolarità del rituale e verificare l'esattezza del testo legale invocato dall'attore: "Aio te mihi sesteriorum X milia dare oportere: id postulo aias an neges ...". Perciò la l. a. per *condictionem* non costituiva una semplificazione, perchè il suo carattere astratto corrispondeva a una esigenza e a un principio ben definito. E poi come mai poteva essere facilitato l'esperimento dell'azione, quando a essa il

(47) Così proseguendo (p. 31 sg.):

"Elle se justifiait aussi par la diffusion des écrits et des connaissances juridiques, qui rendait superflue une vérification préalable du texte légal par le magistrat. Mais le point sur lequel il convient d'insister, c'est que cette réforme non seulement n'altère en rien d'essentiel le système des procédures primitives, mais elle l'établit dans toute sa pureté en élaguant du rituel tout ce qui n'est pas indispensable à la liaison de l'instance ...".

De Visscher continua erroneamente ad attribuire la *sponsio tertiae partis*? Con questa come mai la *legis actio* astratta poteva diminuire i rischi? Sarebbe bastato che l'oggetto della controversia valesse più di 1500 o 150 assi, perchè il litigante soccombente corresse il grave pericolo di pagare, in forza della speciale stipulazione fatta, la *tertia pars litis*, superiore quindi ai 500 e ai 50 assi, quali erano le pene rispettive stabilite dalla legge delle XII tavole per la l. a. per sacramentum circa le controversie valenti 1000 e più assi o meno. Senza dire poi che da questo punto di vista vi era già prima della nostra azione un'altra *legis actio*, più semplice, più facile a sperimentarsi senza alcun rischio, quale era precisamente la l. a. per iudicis arbitrive postulationem, poichè - come apprendiamo da PSI n. 1182 ll. 192-4: " itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat „.

Nè sono finite le critiche, che possono farsi alla teoria del De Visscher, perchè essa contiene questi altri deboli punti.

Secondo l'insigne romanista belga, la l. a. per *condictionem*, ultima in ordine di tempo dei modi agendi, lungi dallo annunziare un nuovo regime, tiene tutte le caratteristiche fondamentali del sistema delle *legis actiones* e rileva per il suo carattere astratto delle più antiche concezioni in materia di procedura. Il suo principio si armonizza con il fondamento esclusivamente legale del vecchio diritto civile (48). La *legis actio* astratta è la conclusione logica di tutta l'antica procedura. Essa esprime al più alto grado il carattere puramente

(48) E continua a spiegare (p. 32):

“ Elle est nécessairement d'un régime où la valeur de la cause est indépendante de l'appréciation du magistrat, où la reconnaissance des droits ne dépend que de la loi et de l'interprétation, non comme au temps des formules, de la concession d'une procédure par le préteur, où, par conséquent, l'action tend à se réduire à une forme simple, incolore également apte à suffire à la solution de tous les litiges „.

processuale delle *legis actiones* (49). Essa è in un certo senso la *legis actio* tipo.

Assurdo è il carattere arcaico della l. a. per *condictionem*, perchè questa - come abbiamo visto nel primo paragrafo di questo studio -, pur essendo costituita nella maggior parte degli stessi elementi processuali delle altre due precedenti *legis actiones* dichiarative, segna tuttavia rispetto a queste anche dal punto di vista prettamente esteriore e formale un decisivo progresso, una grande e importante evoluzione della procedura. Essa rileva, appunto per il suo carattere astratto, delle nuove e assai progredite concezioni non solo in materia di procedura, ma anche nel campo dello stesso diritto sostanziale. Così pure è assolutamente assurda l'altra asserzione che: "des toutes les L. A. c'est la *condictio* qui nous apparaît comme la mieux adaptée à la forme exclusivement légale du droit ancien „. Al contrario nell'antico ius civile la forma predominante è soprattutto il costume, a cui più strettamente si riserva il nome di ius, e in secondo luogo la interpretatio della giurisprudenza; solo eccezionalmente interviene la lex per fare argine ad applicazioni abusive del costume (50). La legge invece è il fondamento esclusivo dell'antica procedura,

(49) Egli così osserva a pag. 149:

“La forme *abstraite* ne différencie cependant pas essentiellement la *condictio* parmi les L. A. et n'altère en rien son caractère de mode d'agir ex lege. Car les énonciations exigées par d'autres modes ne font point partie intégrante de leur rituel; et, d'autre part, le juge saisi d'une affaire par un rite abstrait ne peut juger que selon la rigueur de la loi. Si quelque chose distingue notre action, c'est plutôt une accentuation du caractère procédural des L. A., une dissociation plus nette des éléments formels et substantiels du litige. On constate à ce signe un affaiblissement marqué du fondement arbitral de la procédure, puisque le juge décide d'après des lois dont les parties ne sont pas expressément convenues. Les normes légales s'appliquent au litige en vertu de leur seule autorité „.

(50) Cfr. esattamente in questo senso ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 4, p. 2; e Storia, p. 19, 59-60, e 129 sgg.

del sistema cioè delle *legis actiones* ⁽⁵¹⁾. E queste precise caratteristiche presenta propriamente la nostra azione, la quale è fondata sulle due leggi Silia e Calpurnia solo per l'aspetto processuale, perchè i diritti da essa protetti sono riconosciuti - come vedremo nel paragrafo successivo - soltanto dal costume e soprattutto, in questo caso, dalla interpretatio della giurisprudenza.

Perciò la l. a. per *condictionem* non ha un valore prettamente rappresentativo, formale e simbolico nel campo dell'antica procedura, come pensa il De Visscher, perchè in questo caso essa sarebbe stata una pura e semplice sovrapposizione a tutte le altre *legis actiones*, e avrebbe arrestato bruscamente il grandioso sviluppo del diritto romano. Essa insomma non è il tipo conclusivo delle *legis actiones*, ma è invece una nuova originaria *legis actio*. Essa quindi corrispondeva a una profonda e viva esigenza, a un principio giuridico ben definito; e aveva un contenuto e uno scopo ben individuati e precisati.

§ 10. — La *legis actio* per *condictionem* non è stata introdotta per modificare in qualche parte o semplificare la procedura delle *legis actiones*. Essa infatti, - come abbiamo già visto al principio di questo capitolo -, non ha apportato nessun elemento processuale veramente nuovo; ma è stata costituita interamente degli stessi elementi delle altre due precedenti azioni dichiarative, accentuando soltanto qualche sua particolarità, che, mentre la caratterizzava dal punto di

(51) Gai 4, 11. *Actiones, quas in uso ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbore nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*

vista formale, sostanzialmente poi serviva alla speciale funzione svolta dalla nuova azione.

Perciò la spiegazione della introduzione della *legis actio* per *condictionem* va cercata unicamente nel campo del diritto sostanziale, alle cui grandi e impellenti necessità essa ha soddisfatto, proteggendo propriamente dei singolari diritti di credito.

D'altra parte però è escluso nel modo più assoluto che la nuova azione sia stata creata per difendere specialmente nuove e determinate obbligazioni, riconosciute dall'ordinamento giuridico romano soltanto allora per la prima volta; perchè essa non conteneva nessuna specificazione della causa. La sua formula ⁽⁵²⁾, a differenza di quelle altre due *legis actiones* per *sacramentum* e per *iudicis arbitrive postulationem* ⁽⁵³⁾, - come giustamente ha osservato per primo il Baron, la cui teoria ormai da tempo è unanimamente accolta dalla dottrina romanistica -, era astratta: cioè l'attore nella sua solenne dichiarazione in iure non menzionava affatto il rapporto giuridico obbligatorio, da cui traeva origine il diritto di credito, che egli voleva tutelare.

Perciò i diritti di credito tutelati dalla *legis actio* per *condictionem* dovevano necessariamente soddisfare a priori a questa essenziale caratteristica: di essere cioè privi di qualsiasi causa specifica, legalmente riconosciuta e particolarmente presupposta.

Nella legge delle dodici tavole erano stati riconosciuti soltanto pochissimi tipi di obbligazioni; alcune delle quali derivanti da delitto: furto, iniuria; altre da contratto: fiducia, nexum, sponsio. Tutte le obbligazioni da delitto venivano

(52) P S I n. 1182 l. 205 - 7: *Aio te mihi sestertiorum decem milia dare oportere: id postulo aies aut neges.*

(53) P S I n. 1182 l. 185 - 7: *Ex sponsione te mihi decem milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aies an negas.*

difese con la *legis actio per sacramentum in personam*. Di quelle da contratto: la fiducia non aveva nessuna protezione giudiziaria, restando affidato il suo adempimento alla sola correttezza della parte obbligata ⁽⁵⁴⁾; il *nexum* dava luogo senz'altro all'azione esecutiva della *manus iniectio*; e la *sponsio*, che è la più antica forma della *stipulatio*, era protetta dalla *legis actio per iudicis postulationem*. Ma è evidente che questi pochissimi tipi di obbligazioni, e specialmente di quelle da contratto, non potevano assolutamente esaurire tutti i rapporti economico-giuridici che si svolgevano; nonostante la vasta applicazione avuta dalla *sponsio*, che con la sua generale forma verbale poteva realizzare qualunque intento pratico e abbracciare ogni contenuto. Tanto più che nel terzo secolo av. Cr. la vita economico-sociale si andava sempre più fortemente sviluppando: sia per le sue stesse aumentate esigenze interne, sia per le varie conquiste territoriali fatte in seguito alle diverse guerre vittoriosamente combattute.

A molti di questi detti rapporti economico-giuridici, che erano assai rilevanti, la coscienza sociale e l'ordinamento giuridico riconoscevano una vera e propria forza obbligatoria, un dare oportere, indipendentemente da qualsiasi causa già legalmente riconosciuta e da qualsiasi presupposto particolarmente previsto: ma solo in considerazione della obbiettiva importanza, che la relazione economico-giuridica intercorsa fra le due parti aveva in sè stessa, anche e soprattutto per la assoluta certezza del valore dell'oggetto. Questi rapporti, che per la loro speciale intrinsecamente difettosa costituzione non possono essere determinati più ampiamente (almeno per ora), possono però essere praticamente intesi e spiegati come contenenti per lo più delle *dationes* ⁽⁵⁵⁾: la parte, che riceveva

(54) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 4, 308.

(55) Per questa particolarità però non sono da confondere con i sopradetti rapporti, privi di qualsiasi causa, le *obligationes re contractae*, fornite invece di una

una certa pecunia e una certa res, nè in pagamento di un determinato precedente diritto di credito, nè per una determinata causa, era senz'altro obbligata a restituirla, a darla all'altra parte, dalla quale l'aveva indebitamente ricevuta. Sono questi rapporti giuridici obbligatori, che nel loro nucleo fondamentale più o meno estesamente si riscontrano in ogni ordinamento giuridico anche completamente sviluppato ⁽⁵⁶⁾, che l'elevato acume giuridico dei Romani notò subito e giudicò degni di una protezione giuridica, attuata con la nuova legis actio per condictioem.

La importante necessità di tutelare i sopra descritti difettosi rapporti giuridici obbligatori, che dette essenzialmente origine alla nuova azione, veniva poi ancora aumentata, sebbene solo secondariamente e transitoriamente per questo primo periodo, da altre due esigenze. L'una consistente nel fatto che, essendo il diritto quiritario fortemente formalistico e assai rigoroso, anche per quei pochi tipi di obbligazioni legalmente riconosciute, come per esempio la sponsio, bastava la minima irregolarità, perchè la difesa accordata non si potesse più invocare e ottenere, causando così degli altri rapporti giuridici imperfetti sforniti di protezione giuridica. L'altra derivante dalla circostanza che, sviluppandosi necessariamente assieme con la vita economico-sociale anche quella giuridica, tutti quei numerosi e differenti scopi, ai quali corrisposero in seguito - a evoluzione compiuta - dei propri e regolari contratti, prima che questi si formassero e fossero regolarmente riconosciuti con le loro singole e speciali azioni, davano per forza luogo

propria causa e sviluppate solo più tardi; per quanto forse queste abbiano potuto trovare la loro prima origine in quelli. Cfr. per la spiegazione storico - dommatica di esse U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, negli *Studi in onore di P. Bonfante* Pavia 1929 II, 541 sgg.

(56) Cioè quelli che vanno sotto il nome di "arricchimento ingiusto", secondo l'espressione usata dai moderni interpreti del diritto.

a tanti rapporti giuridici obbligatori, ugualmente imperfetti come quelli della prima fondamentale categoria (57).

Alla particolare struttura dei rapporti giuridici obbligatori, tutelati dalla nuova *legis actio* per *condictionem*, si adattava precisamente la principale formalità della stessa azione. La quale, dopo la categorica affermazione da parte dell'attore del suo semplice diritto di credito, senza alcun accenno alla causa specifica, e dopo la corrispondente negazione di esso da parte del convenuto, si concentrava tutta nella solenne e importantissima *denuntiatio* fatta dal primo al secondo: "Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico „. Questa *denuntiatio*, intimazione aveva il medesimo scopo del rinvio delle parti, (che avveniva nella *l. a. sacramento*, fatto molto probabilmente dallo stesso magistrato in un modo però del tutto differente, come abbiamo già visto,) ad *iudicem accipiundum die tricensimo*: quello cioè di dare modo alle parti contendenti, col tempo loro accordato, di giungere possibilmente a un pacifico accordo, per evitare

(57) La sostanziale differenza fra la nostra opinione e quella del Baron è appunto questa. Il Baron riteneva che la *l. a. per condictionem*, data per proteggere i nuovi contratti formatisi dopo la legge delle XII Tavole e riconosciuti soltanto dal diritto consuetudinario, assegnando al giudice il potere di riconoscere nei singoli casi le premesse per l'ammissibilità e il fondamento della nuova azione; però con tale concezione egli veniva di conseguenza a negare la continuità della *condictio* nel diritto classico, alla quale attribuiva un diverso compito. Noi invece consideriamo la *l. a. per condictionem* concessa anzitutto per tutelare speciali rapporti giuridici obbligatori, non individuati per la causa di cui mancano assolutamente, e intrinsecamente difettosi, i quali spiegano la continuità della *condictio* nell'epoca classica, e sono riconosciuti dall'antico *ius civile* come producenti un *dare oportere*, perfettamente e interamente identico a quello delle obbligazioni regolarmente fondate nelle loro rispettive cause. In secondo luogo poi ammettiamo; che la *l. a. per condictionem* abbia difeso, non i nuovi contratti formatisi per la maggior parte solo nel diritto classico per opera specialmente del *praetor urbanus*, ma soltanto i loro scopi, che producevano dei rapporti giuridici obbligatori sostanzialmente imperfetti; perchè tutti i contratti, prima di formarsi completamente e di essere legalmente riconosciuti, attraversano per un tempo più o meno lungo uno stato di fatto.

così il proseguimento della lite con tutte le sue gravi conseguenze. Il motivo però del rinvio era nelle due azioni assai diverso: perchè, mentre nella *legis actio sacramento* esso veniva fatto in ragione della gravità della causa della obbligazione (delitto) e più ancora per la gravosa conseguenza, a cui sarebbe andata incontro la parte perdente, con la perdita cioè del *sacramentum*; invece nella *legis actio per condictionem*, dove mancava assolutamente qualsiasi specie di poena ⁽⁵⁸⁾, il rinvio veniva fatto perchè, (non derivando il rapporto giuridico obbligatorio da una causa specifica legalmente riconosciuta e particolarmente prevista, e dovendo perciò la singola controversia essere decisa dal giudice in considerazione non di precisi e ben definiti presupposti giuridici ma delle sole circostanze di fatto con delle pericolose incognite quindi per ambedue le parti), era sempre assai desiderabile che queste potessero pacificamente giungere a un accordo troncando così ogni lite.

Anche nella nuova azione, come in tutte le altre precedenti *legis actiones*, la controversia veniva impostata dal magistrato giusdicente. Il quale concedeva nei singoli casi la *legis actio per condictionem* in seguito alla richiesta e alla precisa affermazione del semplice diritto di credito dell'attore: cioè del suo dare oportere senza alcuna legale causa specifica. Questo dare oportere risultava, come abbiamo già detto, per lo più da una *datio*: la parte che aveva ricevuta una certa pecunia o una certa *res*, nè in pagamento di un determinato precedente diritto di credito, nè per una determinata causa legalmente riconosciuta, era senz'altro regolarmente obbligata a resti-

(58) La *sponsio et stipulatio tertia partis* di Gai 4, 13 si riferisce esclusivamente e unicamente all'*actio certae creditae pecuniae*, che - come dimostreremo in un successivo capitolo - non va assolutamente confusa (nonostante la contraria opinione purtroppo ancora dominante di tutti i romanisti), con la *legis actio per condictionem*, nè quella ha avuto origine da questa. Cfr. precisamente in questo senso e ampiamente BARON, *Op. cit.*, p. 186 sgg.

tuirlo, a darla cioè all'altra parte, dalla quale l'aveva indebitamente avuta. Quando il magistrato ammetteva nel singolo caso il detto fondamento della *legis actio* per *condictionem*, permetteva all'attore di compiere la unilaterale *denuntiatio* solenne contro il convenuto; e al ritorno davanti a lui delle due parti contendenti, dopo trascorsi i trenta giorni senza aver raggiunto un pacifico accordo, assegnava loro il giudice.

Questi giudicava la singola controversia, secondo l'impostazione già fatta di essa dal magistrato; e il suo esame si limitava a riconoscere o meno il diritto di credito affermato dall'attore, cioè il semplice dare oportere, che in questo caso diversamente da tutti gli altri, risultava non da precisi e ben definiti presupposti giuridici, ma derivava direttamente dalle sole obbiettive circostanze di fatto.

§ 11. — La mancanza della causa nella *legis actio* per *condictionem* faceva concentrare tutta l'attenzione del giudice sull'oggetto del rapporto giuridico obbligatorio.

Il fatto stesso di due distinte leggi *Silia* e *Calpurnia*, emanate rispettivamente per i crediti di pecunia e di *omnis res*, indica sufficientemente la grande e decisiva importanza, che l'oggetto aveva nei singoli casi per la determinazione e il riconoscimento del diritto di credito. E delle due specialmente la seconda è più significativa. Essa infatti si spiega non tanto perchè nel sistema delle *legis actiones* la condanna non poteva essere che pecuniaria, poichè già tutte le altre azioni riconoscevano implicitamente per i propri diritti da esse tutelati, senza una apposita disposizione legislativa, la possibilità di consistere anche in altre cose diverse dal denaro⁽⁵⁹⁾; ma quanto perchè, data la speciale natura intrinsecamente difet-

(59) Cfr., per l'azione delle pretese non liquidate in denaro, ampiamente ARANCIO-RUIZ, *l. cit.* 4, p. 117.

tosa dei diritti di credito protetti dalla nuova azione, la mancanza della causa conferiva una maggiore importanza all'oggetto. Questo non rappresentava più l'elemento pure necessario, che normalmente si trova in ogni diritto; ma svolgeva una funzione superiore, in quanto esso con la sua precisa determinazione determinava anche nel singolo caso lo stesso diritto di credito, di cui veniva ad essere conseguentemente l'unico elemento determinante. Perciò, riconoscendosi questi diritti di credito sforniti di una causa specifica soltanto attraverso la precisazione del loro oggetto, era assai naturale e intuitivo non solo che i crediti di pecunia e di *omnis res* fossero stabiliti separatamente, ma persino che i crediti di pecunia fossero più rilevanti più evidenti e fossero individuati per primi dalla *lex Silia*, e solo in un secondo tempo poi - sebbene a breve distanza - fossero individuati dalla *lex Calpurnia* anche quelli di *omnis res* ⁽⁶⁰⁾.

Quanto abbiamo ora detto, viene avvalorato anche dall'aggiunta dell'attributo *certa* che le due leggi *Silia* e *Calpurnia* contenevano nelle loro rispettive disposizioni: *de certa pecuniae de omni certa re*.

Indubbiamente l'aggiunta dell'attributo *certa* a *pecunia* e a *omnis res* non ha nel nostro caso lo stesso significato e lo stesso valore, che essa ha nel caso della *stipulatio certa* contrapposta a quella incerta, quale risulta dai due seguenti testi.

D. 45. 1, 74 *Gaius* libro octavo ad edictum provinciale *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, komo*

(60) Tutti gli autori sono pienamente concordi nello intendere *omnis res* nella sua più larga accezione, senza nessuna restrizione al significato giuridico della *res* romana, tanto più rafforzata nella sua vasta comprensione dall'*omnis*. Cfr. *Jobbé-Duval, Op. cit.*, p. 195.

Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.

D. 45, 1, 75 Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum pr. Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

Nella presente ipotesi l'attributo *certum* si riferisce evidentemente all'oggetto della stipulazione, che acquista il requisito di certezza appunto dalla specificazione dell'oggetto e della qualità e quantità di questo ⁽⁶¹⁾.

E nemmeno si può ammettere nel nostro caso lo stesso significato e lo stesso valore, che ha il sostantivo *certum* nella rubrica dell'editto: " Si certum petetur „, quale risulta dal seguente frammento.

D. 12, 1, 6 Paulus libro vicensimo octavo ad edictum Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstretur; quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.

Anche in questa ipotesi il sostantivo *certum* si riferisce evidentemente e interamente all'oggetto dell'editto: " Si certum petetur „; e vuole precisamente indicare che cosa sia contenuta nella obbligazione e la sua specie e la sua quantità, indipendentemente dal fatto che nella convenzione la cosa sia indicata col proprio nome o col dito o con altri vocaboli in vece del suo nome, purchè sia chiaro qualis quantaque sit.

Nel nostro caso invece, a differenza degli altri due suddetti, l'aggiunta dell'attributo *certa* a *pecunia* e a *omnis res*

(61) Diversamente opina il DE VISSCHER, *Op. cit.*, p. 53, il quale crede: " che sia la stipulazione medesima, l'atto generatore dell'obbligazione che conferisce irrevocabilmente al credito il suo carattere certo o incerto „.

non serve affatto a indicare l'oggetto, in quanto che questo è stato già sufficientemente specificato nella sua indicazione; nè tanto meno essa serve a indicare la sua precisa qualità, perchè anche questa è insita, è cioè implicitamente specificata nella stessa indicazione dell'oggetto, almeno nel modo più sicuro per quanto riguarda la pecunia. Resterebbe quindi la determinazione della quantità dell'oggetto; sebbene anche questa potrebbe considerarsi implicitamente contenuta nella sua stessa indicazione, in quanto che l'oggetto dell'obbligazione e dell'actio non poteva essere nel sistema delle legis actiones che assolutamente determinato, come difatti era - senza una esplicita disposizione legislativa - nelle legis actiones per sacramentum e per iudicis postulationem. Ma anche a volerla riferire alla determinazione della quantità dell'oggetto, non è questo solo e unico significato che possono avere le espressioni: certa pecunia e omnis certa res. In queste l'aggiunta dell'attributo *certa*, più che la determinazione della quantità dell'oggetto, serve effettivamente a indicare la assoluta certezza e la indiscutibile esistenza del diritto di credito, che - appunto in mancanza della causa - deve assolutamente derivare soltanto dalla precisa e completa specificazione dell'oggetto (62); che a

(62) Il BARON (*op. cit.* p. 188), così si esprime a questo proposito:

“ Was ist certa pecunia? Wenn man in die Worte nichts hineinlegt, ihnen nichts hinzufügt, so wird damit jede Geldforderung, wofern sie nur bestimmt ist, bezeichnet: *jede Geldforderung* d. h. ohne Rücksicht auf die Causa, welcher sie entstammt. Die Causa gehört nicht zum Begriff des Certum; dieses hängt bloss von seiner Bezeichnung ab, welche derart sein muss, dass sie eine Species oder eine Quantität von gewisser Qualität darstellt; die Behauptung, dass z. B. der Verkäufer stets ein incertum einklage, ist eine reine petitio principii, er kann, wenn er sich auf den Kaufpreis beschränkt, ein regelrechtes certum zum Gegenstand der Klage machen. „

Mentre il DE VISSCHER (*op. cit.*, p. 54), richiamandosi più strettamente al concetto espresso dalle fonti da noi sopra richiamate, così scrive:

“ Est certain tout objet dans la détermination en quid, quale quantum sit, apparaît en vertu de l'acte ou fait lui-même qui donne naissance à l'obligation. La notion du certum se renferme dans ce principe rigide, fort simple, bien que parfois assez délicat dans ses applications. „

sua volta si inserisce poi in tutte le circostanze di fatto, che hanno dato luogo al rapporto giuridico obbligatorio.

§ 12. — Ora possiamo provare di spiegare Gai 4, 20.

Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerit aut sacramento aut per iudicis postulationem agi, valde quaeritur.

Questo strano paragrafo, che aumenta straordinariamente le difficoltà già assai gravi inerenti al nostro tema, è stato spiegato dagli autori in tante diverse maniere ⁽⁶³⁾, quante sono le teorie su l'origine e il fondamento giuridico della legis actio per condictioem. Ed essendo esse necessariamente e strettamente collegate con le dette teorie, che noi abbiamo criticato, non possono perciò essere naturalmente accolte. Così pure sono da respingere i tentativi di quei pochi, che preferiscono cercare di trovare le ragioni della perplessità e della ignoranza del giureconsulto Gaio circa i motivi della introduzione della nuova azione ⁽⁶⁴⁾.

(63) Cfr. specialmente BARON, *op. cit.*, p. 196-26; M. WLAŚAK, *Römische Prozessgesetze* (Leipzig 1888), I, p. 105-6; KOSCHEMBAHR - LYSHOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, (Weimar 1907), II, p. 411; (questi due ultimi autori si preoccupano più di tutto di giustificare la "elektive Konkurrenz", fra le tre sopradette legis actiones); KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, II, p. 76; 3 e JOBBÉ-DUVAL, *Op. cit.* p. 119 e la letteratura da essi citata. Il quale ultimo cerca di trovare la spiegazione nella storia economica dei Romani; e - in connessione con la sua speciale dottrina - cerca di giustificare la ignoranza di Gaio col fatto, che il vecchio sistema di prove cadde senza dubbio assai di buon'ora in desuetudine anche in materia di legis actio sacramenti.

(64) Cfr. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, p. 119; APPLETON, *Les interpolations dans Gaius*, nella *Revue historique de droit français et étranger*, 4 serie VIII (1929), p. 240; e particolarmente DE VISSCHER, *Op. cit.*, p. 28 seg. Il quale ultimo così scrive:

"Quelques auteurs, dont Baron en tout premier lieu, ont répondu sans hésitation à la question que Gaius a laissée ouverte. Pour notre part, une conception qui justifie la perplexité de notre juriste nous apparaîtra toujours plus sûre. Dans l'état actuel de nos connaissances en matière de Legis Actiones, la tâche est déjà fort lourde de pénétrer la pensée de nos auteurs, et c'est assez s'aventurer que de rechercher ce qu'eux-mêmes ont ignoré. Quoiqu'il en soit, le texte cité montre que la réforme des leges Silia et Calpurnia ne consacra la reconnaissance d'aucune source nouvelle d'obligation ».

Per la esatta e precisa comprensione di Gai 4, 20, bisogna anzitutto fissare che, (se non si vuole accusare gli antichi Romani di inconsideratezza o peggio di sbadataggine), non vi può essere assolutamente nessun dubbio, che gli autori delle due leggi Silia e Calpurnia abbiano avuto dei buoni e seri motivi per introdurre la nuova *legis actio* per *condictionem*; anche se essi non siano probabilmente quelli da noi detti, pure escludendo con più forte ragione quelli apportati da tutti gli altri romanisti. E quindi l'autore delle *Institutiones* certamente deve avere avuto piena coscienza almeno della esistenza di quei motivi nel pensiero degli antichi legislatori. Perciò non si può di conseguenza interpretare il sopra riferito passo nel più largo senso, che Gaio voglia esprimere tutto il suo grande stupore di fronte alla nuova azione, perchè egli non vede e nè riesce a capire, quali possano essere stati i fondati e giustissimi motivi della introduzione di questa quinta *legis actio*.

Resterebbe dunque da intendere il citato paragrafo nel più stretto senso: che l'autore delle *Institutiones*, pure ammettendo ogni fondatezza della nuova azione nel pensiero degli antichi legislatori, non sappia però - a causa della lunga distanza di tempo trascorso - precisare, quali siano state le effettive e vere ragioni della introduzione della *legis actio* per *condictionem*. Senonchè anche questa ipotesi, corrispondente alla unica vera interpretazione formale del passo, ci sembra che vada sostanzialmente scartata per le seguenti ragioni.

Anzitutto non è assolutamente possibile, che l'autore delle *Institutiones*, il quale ci riferisce il primitivo sistema delle *legis actiones*, anche se non tutto in modo completo, ma pure con tanti minuti particolari spesso anteriori alle stesse leggi Silia e Calpurnia, abbia potuto ignorare, - a causa di qualsiasi trasformazione o sociale o giuridica o economica avvenuta nel lungo periodo di circa tre secoli, quale è il tempo che lo divideva da quelle -, le effettive e vere ragioni della in-

introduzione della *legis actio per condictioem*; quando di questa egli ci descrive pure tante particolarità anche più difficili, come quella per esempio del significato di *condicere* equivalente a *denunciare* nella *prisca lingua*. Le ragioni di un istituto giuridico sono così insite nella sua natura e così strettamente connesse con la sua struttura da fare parte integrante dello stesso istituto, che le porta sempre con se stesso anche lungo il tempo e attraverso tutte le possibili modificazioni; e perciò quelle possono essere facilmente comprese da chiunque, specialmente nel medesimo ambiente sociale. Tanto più poi le vere e effettive ragioni della introduzione della *legis actio per condictioem* potevano essere così facilmente intese dal giureconsulto autore delle *Institutiones*, il quale si soffermava a trattare tanto ampiamente della *condictio* (Gai 3, 91; 4, 5; 18 e 33), che senza alcun dubbio doveva direttamente derivare da quella.

Inoltre noi crediamo, che egli ci dica sufficientemente e efficacemente i giusti motivi della introduzione della nuova azione, già quando ci riferisce nel § 19:

“ *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re. ,;*

dopo averci riportato nel precedente § 17^a la solenne e categorica dichiarazione fatta dall'attore in iure:

PSI. n. 1182 ll. 205-6:’ *Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere:.....*

Se a noi riesce estremamente difficile spiegare e intendere il: *dare oportere certam pecuniam e omnem certam rem*, senza alcuna menzione di qualsiasi causa specifica, ciò non vuol dire affatto, che l'autore del *manualetto di Institutiones* non abbia potuto credere di riuscire lo stesso chiaro ai lettori del suo tempo, anche esprimendosi in quel sintetico modo.

Infine non è assolutamente possibile, che egli abbia potuto scrivere nel § 20 :

“ potuerit aut sacramento aut per iudicis postulationem agi..... de eo, quod nobis dari oportet „

perchè ciò non è affatto vero; in quanto che tanto con la *legis actio sacramento* quanto con l'altra per *iudicis postulationem* non si può agire per un semplice e generico dare oportere, ma si può agire soltanto per una determinata causa legalmente riconosciuta: e cioè con la prima forse soltanto per *delictum* (*furtum* e *iniuria*), e con la seconda soltanto *ex sponsione*.

Perciò noi crediamo, che l'autore delle *Institutiones* abbia veramente scritto nel § 20: che l'attore avrebbe potuto sempre fare a meno di agire con la *legis actio sacramento* o con la *legis actio per iudicis postulationem*, quando egli avesse ritenuto utile rinunciare alle loro determinate e specifiche cause, e - riducendo così il suo diritto di credito a un semplice e generale dare oportere *certam pecuniam* o *omnem certam rem* - avesse preferito di limitarsi ad agire semplicemente con la nuova *legis actio per conductionem*.

Una simile osservazione era assai fondata e opportuna, perchè il creditore, che aveva un credito derivante da delitto o da *sponsio*, se per un qualsiasi motivo non fosse stato in condizione di poter provare rigorosamente, così come era richiesto, tutti gli indispensabili requisiti del delitto e della *sponsio*, avrebbe indubbiamente perduta la lite, subendo quindi le più gravi conseguenze processuali, specialmente nel caso della *legis actio sacramento*. Perciò egli avrebbe certamente preferito limitarsi ad agire con la semplice *legis actio per conductionem*, che, - non essendo giuridicamente fondata in nessuna causa specifica e consistente soltanto nel nudo fatto spoglio di qualsiasi formalità giuridica, - gli avrebbe risparmiato il grave e rischioso carico di quelle difficili prove; e a essa non avrebbe potuto più fare ricorso, se avesse sperimentato già negativamente per la prima volta e per lo stesso credito la *legis*

actio sacramento o la legis actio per iudicis postulationem, per il noto principio giuridico: “bis de eadem re ne sit actio,,.

Ma questa giustissima osservazione sarà parsa assai strana e incomprensibile all'ignoto giurista provinciale dell'età degli Antonini, il quale, - secondo l'opinione che può oggi considerarsi dominante ⁽⁶⁵⁾ -, ha operata una seconda stesura delle Institutiones, sovrapponendola alla prima. E perciò, - appartenendo egli a un diverso ambiente sociale, perchè provinciale, ed essendo una modesta figura di studioso e di maestro, che di più era posteriore ancora di un altro secolo al tempo delle due leggi Silia e Calpurnia -, avrà con molta probabilità mutato l'originale e esatto pensiero del primo autore classico in quello oscuro, enigmatico e insolubile modo, che noi ora abbiamo in Gai 4,20.

UBALDO ROBBE

(65) Cfr. ampiamente in questo preciso senso ARANCIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, p. 273; e la letteratura ivi citata.